

Les « incivilités » des affaires : l'évolution du droit des exploitations minières, avatar de la commercialisation du droit et des résistances de la civilité (1810-1919)¹

Résumé. – La quête séculaire de son autonomie par le droit commercial connut un épisode notable dans un XIX^e siècle marqué par l'insolent complexe de supériorité du Code civil. La législation minière illustre de manière singulière l'impact croissant du poids des activités économiques, lesquelles conquièrent et fabriquent leur droit. Cette entreprise se fonde non seulement sur les usages, mais encore en disputant au droit civil son champ d'investigation historique traditionnel : l'immeuble. Emblématique de la commercialisation du droit, avec l'aide décisive de la jurisprudence, la législation minière constitue un exemple très saillant de la crise d'adolescence identitaire du droit des affaires.

MOTS-CLEFS : DROIT CIVIL – DROIT COMMERCIAL – EXEGETES – SOCIÉTÉS CIVILES – SOCIÉTÉS COMMERCIALES – JURISPRUDENCE – NATURE DES CHOSSES – ANTICIPATION – IMMEUBLE – MOBILITÉ – MOBILISATION

SNC = Société en nom collectif ; SCS Société en commandite simple ; SCA Société en commandite par actions ; SA = Société anonyme.

Le caractère commercial d'une société découle aujourd'hui soit de son objet (accomplissement d'actes de commerce), soit de sa forme (art. L 210-1 C. com.) : sont commerciales SNC, SCS, SARL, SCA, SA et SAS ; les autres sociétés sont, en principe, civiles (art. 1845, al. 2).² Tout en soulignant que la distinction entre les sociétés civiles et commerciales tend à s'estomper³ à devenir secondaire⁴, tel

¹ Le présent article constitue la version longue et aboutie d'une étude plus synthétique parue au sein du vol. 65 (2008) des *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* (p. 551-575), contenant les Actes des journées internationales de la SHD de juin 2007 dont le thème fut « Le droit, les affaires et l'argent – célébration du bicentenaire du Code de commerce ». Que la présente publication soit donc l'occasion de vivement remercier M. Pierre Bodineau, président de la MSHD, pour l'aimable autorisation qu'il nous a octroyée de publier cette version in extenso au sein de la RRJ.

² Exception pour les coopératives agricoles qui ne sont ni civiles ni commerciales (C. rur. Art. L. 521-1). Guyon note que cette exception se fonde sur le fait que l'activité agricole des adhérents est civile par nature et celle de la coopérative a le plus souvent un caractère commercial. Cela constitue un précédent dangereux car d'autres professions comme les artisans pourraient revendiquer la même autonomie et demander à constituer des sociétés relevant d'un ordre mixte (V ; not. Yves GUYON, *Droit des affaires*, Economica, Paris, 11^e édit°, 2001, p. 218).

³ Sociétés civiles et commerciales sont soumises aux procédures collectives en cas de cessation de paiement depuis la loi du 13 juillet 1967 (art.1). Le droit commun s'applique aux deux catégories en matière de publicité de la constitution, de pouvoirs et responsabilité des dirigeants ainsi qu'en matière de nullités et de dissolution (v. Y. GUYON, "Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 portant

2 Incivilités » des affaires

commercialiste affirme clairement : « Mieux vaudrait supprimer la catégorie des sociétés commerciales à raison de leur forme et s'en tenir au critère de l'activité, comme s'il s'agissait de personnes physiques ». ⁵ Le même souligne encore que la distinction est difficile, puisqu'il n'existe pratiquement pas de société commerciale à raison de son objet, mis à part le cas des sociétés en participation (C. civ. art. 1871-1) ⁶. La difficulté surgit lorsque des sociétés commerciales par la forme ont un objet civil (activités immobilières, agricole ou libérales). Survient alors un conflit entre la forme et l'objet ⁷. La loi du 31 décembre 1990 sur les Sociétés d'exercice libéral décide que ces sociétés sont commerciales par la forme, mais relèvent de la compétence des juridictions civiles ! La même loi revient à la commercialité, en permettant cette fois le recours à la clause compromissoire (C. org. Judic. Art. L. 411-6) ⁸. Cette hésitation légale est doublée d'une hésitation jurisprudentielle car parfois le caractère commercial l'emporte ⁹, parfois la société est tout de même considérée comme civile ¹⁰. La limite de l'absurde serait atteinte puisque, selon les intérêts en présence, on décidera que la société est civile ou bien commerciale. L'impuissance actuelle n'est en réalité que la perpétuation des indécisions anciennes. Faut-il alors rénover notre droit des obligations sur ce point ?

On sait la commercialité liée au meuble, la richesse mobilière s'étant construite face au primat de l'immeuble, source essentielle de subsistance au moyen âge. Sans évoquer une lutte consciente de la mobilité-commercialité contre l'immobilité-civilité,

réforme des sociétés", *Rev. soc.*, 1979, 1). Il en va de même au regard de la situation des associés. Ainsi l'étendue de l'obligation au passif, information, condition de transmission des parts, droits des minoritaires ne sont plus dépendants du caractère civil ou commercial de la société.

4 Y. GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., p. 220.

5 Ibid., p. 219.

6 « Sinon on ne voit pas comment la forme de société civile pourrait devenir commerciale à raison d'une dérive de ses activités vers le domaine commercial. Cette société ne pourrait pas conserver sa forme civile originaire. Elle se transformerait en société à forme commerciale ou en société commerciale créée de fait existerait à côté de la société civile de droit ». Com. 31 mai 1988, *Rev. Soc.*, 1991, 99, note J.P. Legros. Rouen, 22 nov. 1995, *J.C.P.*, 1997, éd. E., II, 992, note Arrighi. V. aussi Civ., 3, 5 juil. 2000, *Rev. Soc.*, 2001, 100, note B. Saintourens.

7 Y. GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., p. 219.

8 Depuis la réforme de la loi du 15 mai 2001, celle-ci est valable dans les contrats conclus en raison de l'activité professionnelle des contractants (art. 2060 C. civ.), alors qu'auparavant, sa validité était limitée aux seuls contrats commerciaux. Le champ d'application du principe de validité de la clause compromissoire s'est donc considérablement élargi puisque aujourd'hui, par exemple, la convention d'arbitrage est valable lorsqu'elle est insérée dans les statuts d'une société civile.

9 Req. 17 juin 1907, *D.P.*, 1909, 1, 413. Com. 18 fév. 1975, *Bull. civ.*, IV, n° 48, p. 39. V. aussi en matière fiscale : Cons. Etat, 20 fév. 1974, *JCP*, 1975, II, 17907 bis, note Latournerie.

10 Com. 5 mars 1971, *RTD. com.*, 1971, 1034, note Houin ; Civ. 2, 6 mai 1997 : *JCP.*, 1997, éd. E, II, 983, note T. Bonneau ; Paris, 6 juillet 1994, *Rev. Soc.* 1994, somm. 525.

on peut néanmoins discerner des éléments objectifs illustrant cette tendance. La volonté des parties, depuis le moyen-âge, s'était en effet jouée de nombre d'obstacles divers d'ordre intellectuel ou légal, en créant des clauses d'ameublement, de remploi. Le jeu du volontarisme pouvait être lié aux régimes matrimoniaux, mais fut historiquement connexe à la commercialité intimement liée au *pacta sunt servanda* et à l'autonomie de la volonté de l'art. 1134 C.civ. Etait-il possible d'admettre que ce dernier puisse porter atteinte à certains fondamentaux ? Les parties pouvaient-elles porter atteinte à la « nature des choses », vérité incantatoire ruminée par les exégètes du Code civil ? Cette question anticipait un débat aujourd'hui connu tenant au domaine du droit civil et du droit commercial. Ses ramifications sont complexes et multiples. On en fera ici partiellement état en s'attachant à l'étude d'un de ses avatars : le droit minier du XIXe siècle, lequel trouve sa source principale dans la loi du 21 avril 1810. D'autres angles d'attaque auraient pu être choisis mais, plus classiques et en vain discutés, ils offraient moins de prise pour y agripper le raisonnement¹¹.

Le droit minier est complexe. Il se distingue de l'exploitation agricole en posant de manière plus radicale la question de la cohabitation entre l'exploitant et le propriétaire du sol, mais aussi celle de la place que tient l'exploitation des matières produites. A l'aube de la révolution industrielle, les indices économiques illustrent déjà l'impossibilité de nier l'importance de ce facteur. Fatalement, la balance de l'élément immeuble que constituait la mine, et de la mobilité liée à l'exploitation de ses produits, devait constituer un élément incontournable de la qualification de l'ensemble. Vieux débat, dira-t-on, à mettre en parallèle avec les questions nées de l'exploitation agricole. Pas si simple car, au-delà du poids respectif de chacun des éléments, se pose également la question de la forme juridique de l'entité exploitante. La mécanisation des mines, l'ampleur des fonds à investir compromettait l'idée d'une exploitation individuelle, dont les désastres avaient illustré la période révolutionnaire. Seule la concentration de capitaux au sein de formes sociétales modernes pouvait répondre aux besoins liés à ce type d'activité. Ces nouvelles entités étaient incarnées par la SCA, mais surtout par la SA. La forme de l'exploitation minière allait vite se retrouver dans une position délicate au regard de cet avatar de la civilité que constituait l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810,

11 Il en allait ainsi de la discussion d'Ancien Régime relative à l'acquisition de la qualité de commerçant par l'agriculteur. Le caractère purement immobilier de son activité pouvait être disputé et discuté par la spéculation à laquelle celui-ci pouvait se livrer, élément dont tenait compte une partie de la doctrine d'Ancien Régime. Ceci montre déjà que les dispositions de l'art. 638 C. com., excluant les agriculteurs de la commercialité, relevaient d'une position de principe parfaitement discutable. L'agriculture est-elle vouée par nature à l'immeuble ? Rien *a priori* ne permettait d'en douter, or, on sait aujourd'hui que le développement de l'agriculture hors sol remet en question les dogmes civilistes.

réputant immeubles les mines, leurs accessoires et donc toute exploitation minière : l'objet de leur activité était réputé civil. Pourtant la question de la qualification d'acte de commerce allait vite se trouver posée et sa compatibilité avec le dogme de l'art. 8 était pour le moins improbable.

Les mines n'étant pas des châteaux de sable, la marée commercialiste avait un long siège à mener. Le célèbre discours de Portalis¹² sur les choses meubles et immeubles respectivement liées à la commercialité et à la civilité, avait produit des dégâts collatéraux, même si la formule du juriste provençal n'avait sans doute jamais entendu fixer la limite des actes de commerce. Ce texte, appuyé sur le Code civil et la loi de 1810, donneront à la « nature des choses » des moyens de défense appréciables pour contrer les prétentions de la commercialité, pourvue d'un nouveau Code (si creux et lacunaire) fière de son émancipation comme branche du droit reconnue. Ladite commercialité avait dans son viseur la qualification civile de l'exploitation minière. Les moyens du tir consistaient avant tout dans la contradiction manifeste entre la civilité du fond et la forme commerciale des entreprises en charge de l'extraction. La volonté des exploitants constituait le socle, l'ancrage formel de la commercialité face au socle civiliste (I). Cette même volonté humaine, qui avait pu, dans une certaine mesure, se jouer autrefois de l'immobilité (les cateux), allait-elle pouvoir mettre à mal l'immobilité et la civilité des exploitations minières ? (II)¹³ Dans tous ces cas, quels arguments pouvaient opposer les civilistes face à l'évidence économique des faits ?

Derrière ce débat se profile le vieux conflit entre les anciens, prêtres gardiens du temple civiliste, et les modernes commercialistes toujours suspects d'iconoclastie¹⁴.

I. – LA CONTRADICTION ENTRE LA CIVILITE DU FOND(S) ET LES NOUVEAUX MOYENS FORMELS D'EXPLOITATION

L'Ancien droit n'ayant fourni aucun élément permettant de distinguer sociétés civiles et commerciales¹⁵, on considérait, au début du XIX^e siècle, qu'étaient

12 *Discours préliminaire sur le Code civil*, in LOCRE, *Recueil...*, t. 1, p. 300.

13 Les civilistes disposaient également de l'art. 1845 C. civ. « Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet ». A fortiori ont un caractère civil les sociétés à qui la loi confère un objet civil.

14 Sur ce thème nombre de références existent. Retenons Christian ATIAS, « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial (1898-1947-1975) », in *Aspects actuels du droit commercial français- Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, Paris, 1984, p. 29-45.

15 Peut-on affirmer aujourd'hui qu'on en revient à l'unité de fait qui existait au XVIII^e siècle entre tous les types de sociétés régulés alors surtout par la pratique ? Noter l'embryon de différence non-voulue de l'Ordonnance de 1673 au regard de la commercialité et/ou de la civilité des sociétés en raison du régime particulier de la commandite dans laquelle intervenaient éventuellement des personnes étrangères au

commerciales celles contractées pour faire un commerce, opinion reléguant dans le champ de la civilité toutes les autres. Cette clarté n'était qu'apparente, car on ne pouvait éviter l'inéluctable, à savoir le débat sur la nature des sociétés de capitaux reconnues par le Code 1807. Or, rien n'y venait préciser les critères de distinction entre sociétés civiles et commerciales. Le tronc restait le primat du droit civil (art. 1832 sq. C. civ.)¹⁶, le Code de commerce étant peu loquace sur ce point¹⁷, sauf à renvoyer aux usages et conventions des parties. Ainsi, *intuitus personae* était-il commun aux deux types sociétés, d'où l'incessibilité de la part sociale et, en principe, la dissolution de la société en cas de départ ou mort d'un des associés¹⁸. Ces solutions étaient inapplicables aux sociétés par actions devant bénéficier de dérogations liées aux exigences de long terme et de libre cessibilité de titres. Arguant de l'absence de responsabilité personnelle, des auteurs firent très vite valoir que les nouvelles SA ne pouvaient en aucun cas être assimilées aux sociétés civiles¹⁹. Ne leur en déplaise, tout le monde ne partageait pas cette opinion, en particulier si l'objet de la société était réputé civil. Dès lors, distinguer les sociétés civiles et commerciales n'était, qu'un avatar de la très délicate détermination de la qualité de commerçant. Or cette question, déjà posée pour les personnes physiques, avait obtenu les réponses discordantes que l'on sait²⁰. Il s'agira d'évaluer quel fut le poids de l'idée civiliste, longtemps soutenue au XIX^e siècle, selon laquelle la forme commerciale ne pouvait altérer la civilité du fond(s) et ce, jusqu'à l'absurde.

Paradoxalement, le moyen le plus efficace d'assurer les chances de succès à l'entreprise minière consistait à renforcer considérablement les droits de l'exploitant, ce qui relevait du rôle de la civilité (I/A). Cette position de principe allait heurter de front

commerce, et par conséquent non astreintes à la déclaration de la société. En dehors de cela, il semble que les règles pouvaient être sensiblement parentes, sauf aux usages commerciaux à déroger (solidarité, personnalité morale par la représentation, contribution égalitaire des créanciers).

16 Art. 1832 C. civ. : «La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter».

17 Le Code de commerce comportait quarante-six articles consacrés aux sociétés qui furent très vite, pour la plupart, remaniés et transformés.

18 Sauf à considérer le jeu éventuel de l'art. 1868 C. civ.

19 VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, t. 1, liv. 4, n° 1, Videcoq, Paris, 1834 ; DELANGLE, *Sociétés commerciales*, Joubert, Paris, 1843, t. 2, n° 424 ; BEDARRIDE, *Des sociétés*, Larose/Makaire, Paris/Aix-en-Provence, 1878, t. 1, n° 97. La Cour de cassation considérait en effet que le préalable de l'autorisation de la société en Conseil d'Etat et l'autorisation gouvernementale était obligatoire (Civ., 13 mai 1857, DP, 1857. 1. 201).

20 V. E. RICHARD, *Droit des affaires, questions contemporaines et perspectives historiques*, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 129-149. Même a. « La qualité de commerçant dans le Code de 1807 », in *Bicentenaire du Code de commerce 1807-2007 – Les actes des colloques*, Dalloz, Paris, 2008, p. 99-109.

l'impératif de l'emploi des moyens juridiques nouveaux, propres à satisfaire au gigantisme des besoins de l'exploitation qui, eux, participaient d'une commercialité très conquérante (I/B).

I/A Enraciner les droits du propriétaire de l'exploitation

Rien de stable n'était issu de l'ancienne législation minière²¹. Globalement le système d'Ancien Régime avait fait du propriétaire du sol quelqu'un n'ayant guère de droit.

Lors des discussions qui suivirent les débuts de la Révolution Mirabeau, défendant les intérêts des mines d'Anzin, s'était fait le chantre de l'idée selon laquelle les mines n'étaient pas l'accessoire de la surface. Ce principe se heurtait cependant à la très absolutiste conception romaine du droit de propriété *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*²². Le décret du 12 juillet 1791 fixa cependant la concession à 50 ans maximum pour l'exploitant, « sous la surveillance de la nation », celui-ci pouvant être le propriétaire du fonds, bénéficiant d'une préférence, ou encore une personne distincte. La compétence des premiers s'est avérée vite illusoire et l'administration leur préféra des concessionnaires économiquement plus fiables²³. D'inévitables conflits survinrent entre les propriétaires du sol et les exploitants tréfonciers. Cette législation, à maints égards incohérente, n'ayant rien résolu, la loi du 21 avril 1810 vint réformer radicalement l'état des lieux dans un sens plus favorable aux concessionnaires²⁴. Il fallait favoriser la rentabilité économique en sécurisant leurs droits. Cela passait par l'affirmation d'un véritable droit civil de propriété sur le tréfonds, concurrent et autonome de celui du propriétaire du fonds.

21 Dès les XIV^e siècle le roi appliquait la théorie des *regalia* aux mines, ceci contribuant à en faire un des attributs de la souveraineté (Paul OURLIAC, Jacques de MALAFOSSE, *Droits romain et Ancien droit, Les biens*, P.U.F., Paris, 1961, p. 188.). L'exploitation pouvait être le fait du propriétaire, mais encore d'un concessionnaire désigné par le monarque (le système date du moyen-âge, mais on peut également citer une ordonnance de 1680). Un arrêt du Conseil du 13 mai 1698 avait innové en autorisant les propriétaires du sol à exploiter librement. L'existence d'un monopole fut par ailleurs temporairement accordé aux seigneurs pour l'exploitation des mines, de 1722 à 1744, période au terme de laquelle on en revint au système de l'autorisation ou, à défaut, à la concession dont l'octroi révéla de nombreuses facilités douteuses. D'où des heurts parfois violents entre propriétaires et concessionnaires (Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1989, p. 228).

22 Le propriétaire du sol est le propriétaire du tréfonds.

23 Les propriétaires du fonds, lorsqu'ils décidaient d'exploiter eux-mêmes, ne procédaient en réalité qu'à d'inefficaces tentatives cf. la fameuse multiplication des trous improductifs qui parsemèrent le territoire français à cette période.

24 En outre l'art. 5 de la loi précise bien qu'une mine ne peut être exploitée qu'en vertu d'une autorisation gouvernementale.

a) *Une sécurité du concessionnaire renforcée par la civilité.*

L'Empereur insiste pour considérer le concessionnaire comme un véritable propriétaire de son exploitation : « Napoléon dit que, quoique les mines [...] ne sont cependant pas des propriétés de la même nature que la surface du sol et les produits qui en naissent. Ces sortes de propriétés doivent être régies par des lois particulières, et ceux-là seuls peuvent s'en prétendre propriétaires, à qui la loi défère cette qualité. Mais, au-delà, la propriété des mines doit rentrer entièrement sous le droit commun ; il faut qu'on puisse les vendre, les donner les hypothéquer, d'après les mêmes règles qu'on aliène ou qu'on engage [...] un immeuble quelconque [...] »²⁵.

La production des mines est assimilée à celle de l'agriculteur vendant des produits de son crû, position renforcée par l'absence de mention des immeubles au sein des art.s 632 et 633 C. com. La position de Troplong résume ce qui sera l'opinion des exégètes du Code Napoléon : « [...] l'exploitation de cette propriété est un acte civil et non un acte de commerce [...] En un mot le concessionnaire d'une mine jouit de sa chose, comme le fait le maître d'un domaine rural. Il est propriétaire ; il n'est pas commerçant »²⁶.

Le rapport de Stanislas Girardin lors de la séance du 21 avril 1810 illustre la sédimentation du droit du concessionnaire assimilé à un véritable propriétaire. « [...] Une propriété séparée de la surface est une conception absolument neuve, émanée du génie qui consolide et agrandit chaque jour les destinées de la France. »²⁷.

25 LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. IX, Treuttel et Würtz, Paris, 1827, t. IX, p. 143. Plus loin « Napoléon répète qu'il veut rassurer les propriétaires des mines, et c'est dans cette intention qu'il a voulu qu'on fit une rédaction qui déclarât bien que la mine est une propriété d'une nature particulière. Cette définition, en apparence, n'était pas utile ; mais au fond, elle avait pour but d'exprimer qu'on ne peut jamais considérer le mineur comme un simple concessionnaire, qu'un simple décret dépouille ; bien au contraire, comme un particulier qui ne perd sa propriété que comme le propriétaire d'un champ, d'une maison, perd la sienne » (ibid., p. 387).

26 TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code – Du contrat de société*, Hingray, Nancy, 3e édit°, 1843, n° 326.

27 « Vous aurez sans doute saisi Messieurs, la différence que nous venons d'établir entre une concession même perpétuelle et la propriété de la mine. La concession n'est proprement qu'une autorisation, un bail, un privilège [ce dernier membre de phrase illustrera l'idée que l'on passe de l'idée d'une concession-bail à celle d'une concession–propriété, v. infra 2e partie]. Elle donne le droit d'appliquer son travail, ses capitaux, son industrie à l'exploitation d'une mine, dont la propriété réside en d'autres mains. Toutes les concessions étaient jadis soumises à des conditions plus ou moins onéreuses ; elles pouvaient être révoquées dans certains cas. Les concessionnaires étaient assujettis à une mode d'exploitation déterminé par les règlements, et surveillé par des agents de l'autorité. Les mines concédées à perpétuité n'étaient donc pas de véritables propriétés ; mais du moment où la loi proposée sera publiée, toutes les mines de France exploitées légitimement en vertu des droits acquis, deviennent entre les mains de ceux qui les exploitent, des propriétés perpétuelles, protégées et garanties par le Code civil. Les mines concédées à l'avenir recevront le même caractère par l'acte de concession. Ce caractère de propriété aura l'avantage

Seront logiquement immeubles par destination les biens affectés à l'exploitation de la mine. La mine est-elle dite pour autant ?

L'exploitation des mines n'est clairement pas un acte de commerce, l'exploitation ne pouvant viser que les opérations d'extraction des produits et leur vente à l'état brut. La vraie question surgira lorsqu'il s'agira d'évoquer la transformation des produits extraits. Y aura-t-il alors entreprise de manufacture ? Là jouera le poids factuel des activités commerciales et les décisions seront essentiellement des décisions de fait²⁸.

b) *Pourtant on savait...*

1- *L'exploitation minière : une véritable industrie.*

Malgré les efforts légaux pour rendre le tréfoncier aussi propriétaire de son tréfonds que le foncier de son fonds, la propriété de la mine est d'une nature particulière. En pratique, il est même difficile de soutenir le contraire car la propriété du concessionnaire n'est en effet pas tout à fait équivalente à celle du propriétaire du fonds. En effet le tréfoncier peut être obligé par l'administration d'exploiter, voire de le faire de façon plus active²⁹. La limite au droit de propriété se trouve dans l'intérêt économique de l'Etat et donc du commerce. La productivité est la raison d'être de la concession. Protéger le concessionnaire contre le propriétaire pouvait justifier l'utilisation de moyens « civils », mais considérer l'exploitation comme fatalement civile allait-il de soi ? Ignorait-on les incidences économiques de l'extraction minière ?

La réponse à cette dernière interrogation est vraisemblablement négative car, un souci de rationalisation, d'unité économique et d'intérêt national, commande la surveillance des exploitations par l'Etat. Sans attendre la législation sociale à venir il faut, dès 1810, évoquer l'existence d'une limite publique à l'exercice à la liberté du tréfoncier. Son *abusus* est incomplet. Il ne peut vendre sa propriété par lots³⁰. Les conventions ayant pour objet l'aliénation partielle ou le partage d'une mine sont entachées d'une nullité d'ordre public, qui ne peut être couverte, ni par la prescription,

inappréciable de donner aux exploitants cet esprit de prévoyance, de conservation et de perfectionnement qui semble appartenir exclusivement au propriétaire. A l'instant donc où la loi sera publiée, les concessionnaires deviennent propriétaires incommutables, leur propriété est entièrement détachée de la surface ». Rapport Girardin in LOCRE, t. IX, p. 515-516.

28 Voir infra II/B.

29 L'art. 49 de la loi de 1810 permet à l'Etat de mettre en demeure le propriétaire tréfoncier d'exploiter.

30 L'art. 7 de la loi de 1810 dit *in fine* : « Toutefois une mine ne peut être vendue par lots ou partagée sans une autorisation préalable du gouvernement, donnée dans les mêmes formes que la concession »

ni par l'exécution volontaire, et doit être prononcée d'office par le juge³¹. C'est là l'illustration d'une réincarnation du commun profit d'antan en une version plus moderne que l'on peut qualifier d'intérêt général. Ce souci d'unité et de rentabilité est complété par d'autres considérations à même d'encourager le développement des activités minières : « S'il est juste [affirme Girardin], que les propriétaires de mines paient une redevance, à titre de propriétaires, il est nécessaire, pour l'intérêt général, qu'elle soit extrêmement modique ; car, si elle était considérable, elle paralyserait ou anéantirait bientôt les anciennes exploitations, et ce serait un obstacle à ce qu'il puisse s'en établir de nouvelles [...] L'exploitation des mines doit être encouragée, car leurs productions sont incontestablement d'une richesse de plus pour la nation [...] Nous sommes encore tributaires de l'étranger pour un quart environ du fer qui se consomme en France [...] Il faut donc diriger l'industrie et les capitaux vers la fabrication du fer et, pour y parvenir, il faut favoriser l'exploitation du charbon de terre. [...] les taxes levées seulement pour couvrir les dépenses de l'administration, seront si peu considérables qu'elles ne détourneront personne de continuer ou d'entreprendre l'extraction de la houille »³².

Dans le même sens, et même si l'art. 8 de la loi du 21 avril évoque le caractère immeuble des mines et de leurs accessoires³³, néanmoins, précise Girardin : « [...] les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines, sont réputées meubles » conformément à l'art. 529 du Code Napoléon dont la rédaction originelle portait : « Les mines concédées sont immeubles. Il en est de même des bâtiments, machines, galeries de boisage et autres travaux établis à demeure, conformément à l'art. 524 du Code civil, encore que la propriété appartienne à une SA,

31 Civ. 18 avr. 1853, *DP.* 1855. 1. 209 ; Colmar 23 mars 1863, *DP.* 1863. 2. 113 ; Lyon 5 août 1874, *DP.* 1875. 2. 228 ; Civ. 3 août 1877, *DP.* 1878. 1. 25 ; Req. 5 jan 1915, *DP.* 1916. 1. 83. Plus tard la socialisation du droit trouvera matière à accroître le contrôle étatique. Ceci est visible dans le régime plus rigoureux issu de la loi du 23 juillet 1911 (art. 138) aux termes de laquelle les mutations de propriété sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, les amodiations de concessions minières par actes entre vifs ne peuvent être effectuées que si elles ont été autorisées par un décret rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat. On a considéré d'une part qu'il importait à la bonne exploitation des gisements miniers que le concessionnaire ne puisse céder sans contrôle la propriété à des tiers dont l'Administration n'a pas été à même d'apprécier les qualités d'exploitant, et, d'autre part, qu'il convenait d'empêcher que les concessions passent trop facilement entre les mains de sociétés étrangères (*Rép. pratique*, v° « mines », n° 26, p. 127).

32 LOCRE, t. IX, p. 523-525.

33 Art. 8 de la loi du 21 avril 1810 : « Les mines concédées sont des immeubles. Il en est de même des bâtiments, machines, galeries de boisage et autres travaux établis à demeure, conformément à l'art. 524 du Code civil ».

et soit représentée par des actions »³⁴. Ceci permet donc d'affirmer que le législateur admettait que les sociétés formées pour l'exploitation des mines, entreprise non commerciale, pouvaient cependant revêtir toutes les formes commerciales, notamment anonyme³⁵.

L'intérêt de confier à des sociétés de capitaux la possibilité d'exploiter des mines n'était pas partagé à par tous. Le comte Berlier, complètement irréaliste, voulait interdire les concessions aux SA : « On a pu les tolérer disait-il, que lorsque les concessions étaient à temps. Mais aujourd'hui cette concession va leur transférer une propriété réelle et incommutable, on ne doit pas souffrir que cette propriété repose sur des êtres de raison »³⁶ (on notera la présence subreptice de la personnalité morale). Lucide, Regnaud rétorque qu'« un capitaliste hasarderait bien une portion de sa fortune ; mais il se refusera à risquer sa fortune toute entière. Dès lors, il faut nécessairement admettre un mode qui appelle tous ces capitaux partiels, et en forme une somme totale pour commencer et soutenir l'entreprise »³⁷.

Un peu plus tard Dalloz tentera, sans le vouloir, une conciliation entre les deux points de vue en précisant que la loi de 1810 :« [...] tout en posant le principe nouveau d'après lequel l'exploitation des mines n'est pas un acte de commerce, n'a point entendu prohiber les sociétés de commerce qui auraient cette exploitation pour objet, ni enlever aux concessionnaires ou exploitants des mines le pouvoir de renoncer à une sorte de privilège que la loi de 1810 n'a établi en leur faveur que dans la vue d'attirer

34 Ainsi l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 visait-il également la mobilité des intérêts ? [et pas seulement des actions]. Tronchet disait que l'intérêt rend associé et copropriétaire, tandis que l'action ne rend que commanditaire, et ne donne droit qu'à la somme qu'on a fournie et ce « tant que dure la société » (Cf. art. 529 C. civ. *in fine*). Treillard, dans la séance du 4 Brumaire an XI rappela qu'on est d'accord pour distinguer le corps de l'association et les individus qui la composent : « Aucun d'eux [disait-il] n'est propriétaire des immeubles : ce sont des accessoires de la société, et en quelque sorte des instruments de l'entreprise [...] Cependant on pouvait abuser du principe [de l'art. 529 C. civ.] pour prétendre que les immeubles auxquels les actions donnent droit, doivent, même après la dissolution de la société, être réputés de la même nature que les actions, et pour prévenir cette fausse conséquence, on a dû exprimer que la fiction [de l'art. 529 C. civ.] ne durait qu'autant que la société » (Cf. Dalloz, *Rép. v° Mines* n° 99). Dalloz continue plus loin en précisant qu'aujourd'hui, mêmes les intérêts sont meubles alors même que les intéressés n'auraient pas rédigé d'acte public ou authentique de société (ibid.). Il suffit qu'il y ait entreprise (ibid. n° 100).

35 Alphonse LEDRU, «De la condition légale des sociétés civiles anonymes ou en commandite par actions», *Journal des Sociétés*, 1880, p. 400. Entre la rédaction d'origine et celle finalement adoptée voir le débat in ibid., p. 400-403

36 LOCRE, t. IX, p. 208.

37 Ibid.

vers ce genre d'exploitation les capitaux de personnes qu'en aurait éloignées le caractère commercial de l'entreprise »³⁸.

2 - *L'ambiguïté petitesse/grandeur de l'exploitation reflet de la contradiction en germe société civile/forme commerciale.*

L'art. 7 de la loi du 27 avril 1838 précise que « Lorsqu'une concession de mine appartiendra à plusieurs personnes ou à une société, les concessionnaires ou la société devront, quand ils seront requis par le préfet, justifier [...] » Ceci signifie qu'une mine peut être exploitée par une société ou par un groupement d'individus unis sans contrat. L'assimilation des deux formes montre qu'il n'y a pas de différence de traitement entre les deux entités, lorsqu'elles sont constituées pour l'exploitation minière³⁹. L'association en question ne pourrait être qu'une société *sui generis*, car il eut été impensable que le Conseil d'Etat, en 1810, laissât coexister deux types distincts de modes d'exploitation collectifs de mines. Si tel avait été le cas, alors seule la société régulièrement constituée aurait été soumise à l'art. 529 C. civ., ne laissant à la simple association que le statut d'une banale indivision supposant l'immobilité des parts. Or l'activité économique suppose leur mobilité, c'est la logique du système⁴⁰. L'assimilation entre association et société est nécessaire, car sont appliquées les mêmes règles sur la distinction entre les droits et obligations des associés d'une part, et ceux de la société d'autre part⁴¹.

Il en découle d'importantes conséquences tenant à ce que toute vente de sa part ou d'intérêt par un associé constitue une vente mobilière. Il n'y aurait transfert de propriété immobilière, que par cession par l'association de la totalité de la mine, agissant en tant que personne morale. Mais la totalité signifie mine entière et donc immeuble. Une vente partielle ne peut, quant à elle, signifier qu'une cession mobilière

38 *Rép. v. Acte de com.*, n° 281.

39 Cette idée est défendue par Aguillon, une des références bibliographiques les plus consistantes sur la matière (Louis AGUILLON, *Législation des mines française et étrangère*, Baudry et Cie, Paris, 1886).

40 Sinon l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 n'aurait eu aucun sens.

41 « Même règle relativement à la distinction entre les droits des créanciers des associés, qui ne peuvent s'exercer que sur la part mobilière desdits associés, comme en ce qui concerne les droits des créanciers de la société ou de l'association qui peuvent seuls s'exercer sur la mine constituant l'immeuble ou le patrimoine de la société. Même traitement pour l'association et la société, si un associé veut se retirer de l'entreprise ; il ne peut pas y avoir lieu en principe à la licitation de l'immeuble impartageable ; l'associé ne peut qu'aliéner la part mobilière représentative de son intérêt ; la vente de l'immeuble, propriété de la personne morale constituée par l'entreprise, ne peut être réalisée, hors le cas d'une poursuite directe des créanciers de l'entreprise, que comme en matière de dissolution de société » (L. AGUILLON, *op. cit.*, p. 234).

de parts, par le jeu de l'art. 529 C.civ.⁴² Arguer du caractère nécessairement immobilier des parts de communistes est donc faux et va contre l'esprit de la loi de 1810, qui suppose une faveur accordée à l'aspect économique. Une mine, on l'a vu, n'est pas un immeuble ordinaire. En droit, estime Aguillon, une mine est un immeuble *sui generis* sur lequel on ne peut pas admettre qu'il y ait, à un moment quelconque, des droits immobiliers possédés individuellement par des associés réputés communistes⁴³. Cette thèse, et Aguillon le sait, a été condamnée par une jurisprudence dans une décision du 3 janvier 1865⁴⁴, laquelle qualifie d'immeubles les parts indivises afférentes à chacun des intéressés dans une mine. Cette solution avait toutefois été appliquée à l'occasion de la translation de la totalité de la propriété d'une mine faite par une société en dissolution, à une association de personnes. La question était de savoir si la transmission devait donner lieu à la perception du droit de vente mobilière. La Cour avait opté pour la négative. Cette solution pouvait certes se justifier par le fait que la société, étant en liquidation, ne possédait plus de personnalité morale, l'on écartait donc le jeu de l'art. 529 C. civ., les parts étant redevenues immeubles. Les motifs ayant inspiré la Cour illustrent une perception anti-économique. Ainsi ne réputait-elle les actions meubles qu'« [...] à la condition qu'il existe une société, c'est-à-dire une personne morale sur laquelle repose la propriété de la mine, immeuble de sa nature »⁴⁵. En l'absence d'une société régulièrement constituée ou lorsque la société a été dissoute, les parts indivises afférentes à chacun des intéressés dans la mine sont immeubles, comme la mine elle-même. Cette nature des choses constitue un alibi bien commode pour les immobilismes. Deux reproches donc : d'une part la Cour suprême évoque *a posteriori* l'exigence inassouvie d'une personnalité morale que le législateur de 1810 n'avait pas expressément envisagée, d'autre part nie implicitement qu'il ait pu exister une société de fait. Il s'agit manifestement une jurisprudence conservatrice.

On voit bien que ce n'est pas de la nature des choses qu'il nous revient de discuter, mais c'est l'esprit du législateur qu'il s'agit de retrouver. Il y a va de la

42 Cette constatation est renforcée par le fait que toute amodiation partielle d'une mine est formellement interdite par l'art. 7 de la loi du 21 avril 1810.

43 Cette conception de la personnification de toute entreprise d'industrie des mines, qui est une sorte de conséquence de la nature spéciale de cette industrie, se retrouve dans plupart des législations, autres que celles fondées exclusivement sur l'accession, et même encore plus accentuée que dans notre législation : la législation hispano-américaine l'étendait au cas où la mine était possédée par un seul individu. Son entreprise restait pour ainsi dire distincte des autres biens. La question est ici de savoir si, sans le dire, Aguillon évoque le principe du patrimoine d'affectation.

44 Civ. 3 jan. 1865 *Comp. Usquin c. enregist.*, D. 1865. 1. 31.

45 Cf. art. 8 de la loi de 1810.

subjectivité des auteurs quand à cette détermination. Néanmoins les presque deux siècles qui nous séparent nous permettent de rendre à chacun le sien, même s'il s'agit d'auteurs mineurs. Ainsi Peyret-Lallier, bienveillant à l'égard de la mobilité : « Il y a des sociétés entre les copropriétaires ou exploitants d'une mine, par cela seul que l'exploitation a lieu au nom et dans un intérêt commun, et par conséquent, le co-intéressé qui vend son intérêt dans l'exploitation et dans la concession de la mine, n'aliène qu'une valeur mobilière d'après le texte et l'esprit de la loi »⁴⁶.

Cette conception, indifférente à la nature formelle de l'exploitation, va contre l'esprit de la décision du 3 janvier 1865 (citée supra). Selon cette dernière, la volonté des parties joue indirectement pour la mobilité, lorsqu'elles se constituent en société, faisant alors jouer ipso facto l'art. 529 C. civ. Mais, dès que la société est dissoute, alors l'immeuble, tel le carrosse de Cendrillon à minuit, reprend ses droits⁴⁷.

Encore une fois, cette décision que l'on vient d'évoquer, est d'autant plus remarquable qu'elle est tardive. Dès le premier quart du siècle en effet le droit fiscal, cheval de Troie de la commercialité, était déjà parvenu à l'intérieur du *poemერი* civiliste. En vertu d'une décision du 7 avril 1824, la cession faite de ses actions ou intérêts par un actionnaire à un tiers, ne donnait lieu qu'à la perception du droit de mutation fixé pour les aliénations mobilières, même si cet acte portait que les actions cédées représentaient une portion déterminée de la propriété minière, des emplacements, terrains et bâtiments en dépendant⁴⁸. Cette position jurisprudentielle peut nous paraître banale, mais il faut se rappeler que la personnalité morale des sociétés commerciales n'est pas reconnue ouvertement par la Cour de cassation avant 1834. Même Dalloz, peu empreint de frénésie commercialiste, admet volontiers qu'il est conforme à la loi et aux « [...] usages de la pratique » [...] dans les pays houillers [que] tout intéressé à une exploitation [soit] admis à disposer de sa part d'intérêt, sans être tenu d'obtenir l'agrément de ses co-intéressés »⁴⁹.

46 PEYRET-LALLIER, *Traité sur la législation des Mines, des minières...*, 1842, t. 1, p. 176.

47 En conséquence, lorsqu'après la dissolution d'une société minière, l'actif social a été adjugé sur licitation à plusieurs des copropriétaires de la mine, la transmission qui leur a été ainsi faite des parts de leurs colicitants dans la concession est soumise au droit de mutation immobilière (cf. la décision Civ. 3 jan. 1865, *DP*. 1865.1. 31, précitée).

48 DALLOZ, *Rép.* v° Mines, n° 89 à propos de l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 et de sa référence à l'art. 529 C. civ. *Rej.* 7 avr. 1824, aff. Hamann (*Rép.* v° biens n° 187 et v° enregistrement, n° 1769 sq. et 1772 sq.).

49 Ibid., n° 91.

L'association d'individus pour l'exploitation d'une mine ne peut être assimilée à une copropriété ; on émerge donc déjà à la pure civilité.

Il est évident que, pour les partisans de la commercialité, les règles du droit commun sur la propriété des immeubles ne peuvent réellement pas s'appliquer sur cette matière à la propriété, ou plutôt à l'exploitation minière. Ceci car, en principe, on ne peut admettre un droit de propriété appartenant à plusieurs personnes sans admettre nécessairement une entreprise d'exploitation poursuivie par elles⁵⁰.

Cependant, et même lorsque la société est constituée, la volonté des parties, le consentement, ne suffiront pas toujours à commercialiser et on a pu considérer la non réalisation de l'objet social comme exclusif de la commercialité d'une société pourtant constituée pour se livrer à des opérations commerciales⁵¹.

I/B L'attaque du caractère civil-immobilier par l'impossible coexistence avec les formes sociales nouvelles.

Nier l'évidence conduit fatalement à s'exposer à la critique. Même en tenant compte de l'inopportunité de juger l'histoire à l'aune du présent, on peut tout de même rester perplexe devant la résistance qu'exprimèrent certains courants doctrinaux et jurisprudentiels à la commercialisation, pourtant évidente, de pans entiers de l'activité productive au XIX^e siècle. Même la volonté de préserver la probité du commerce, si chère à tous les libéraux du siècle, ne peut entièrement justifier l'éviction volontaire des activités minières du champ de la commercialité. Au contraire, on peut en être surpris, car les règles commerciales sont souvent plus exigeantes et les sanctions plus sévères que celles édictées par le droit civil. On peut évoquer un certain dogmatisme, une absence de réalisme, mais n'est-ce pas faire injure à l'ampleur intellectuelle d'esprits dépassant largement l'orientation trop étroitement technicienne de nos contemporains ?

Le champ de bataille ressemble à un mariage dont on pourrait se demander s'il n'est pas constitutif pas une mésalliance. La terre, l'immeuble, riche du noble legs indivis des siècles, peut-elle épouser la structure sociétale dont l'anonymat ne fait que rappeler celui de l'intrus pénétrant par effraction dans une demeure. L'immeuble peut-il s'enticher d'une exploitation d'une spéculation vulgaires, bien éloignées du souci traditionnel de préservation du patrimoine familial ?

50 AGUILLON, op. cit., p. 233.

51 L'élément réel, la réalisation des opérations commerciales, n'avait pas eu lieu, alors que la société projetait de faire des opérations de commerce. Cela a suffi à la cour de Paris pour lui refuser le statut de société commerciale (Paris, 15 fév. 1868, *D.*, 1868. 2. 288 et 21 juin 1884, *RS*, 1884, 573).

a) *La volonté des parties peut-elle influencer sur la forme de la société exploitant des immeubles ?*

Convenances vainquent la loi. L'adage de Loysel est-il toujours vrai ?

Admettre la forme de commandite par actions ou l'anonymat pour une société à objet civil, avant la loi de 1893, suppose-t-il la dérogation au principe fondamental en vertu duquel *qui s'oblige oblige le sien* (art. 2092 C. civ.)⁵² ? Car si, pour y échapper, les sociétés commerciales recevaient le coup de main salutaire du Code de 1807⁵³, les sociétés civiles demeuraient liées à plus pure romanité. Le silence légal sur celles qui adoptaient une forme commerciale était assourdissant. Ce mutisme perdura jusqu'au vote de la loi du 23 mai 1863 instaurant les *Sociétés à responsabilité limitée*⁵⁴. Ce texte défendait expressément (art. 1^{er}) aux sociétés civiles d'adopter cette forme réservée aux sociétés commerciales. De cette première allusion légale et des événements antérieurs pouvait-on tirer un principe général ? Aucun élément légal, il est vrai, n'avait jusque-là évoqué le principe d'une incompatibilité entre la civilité de l'objet et la commercialité de la forme. Mais la commercialité avait, en quelque sorte, raté sa cible. En effet lors de la discussion de la loi de 1863, la commission du Corps Législatif avait demandé que la possibilité de se constituer librement soit également octroyée aux sociétés civiles, ce que le Conseil d'Etat refusa clairement. L'excès d'optimisme du rapporteur, qui espérait en retour une interprétation jurisprudentielle libérale, fut balayé d'un revers de toge par les magistrats de la Cour de cassation, confirmant l'inapplicabilité des dispositions de la loi aux SA civiles⁵⁵. Dans la même logique, la Cour estimera que le titre II de la loi de 1867, libérant l'ensemble des sociétés par actions, ne concernait pas les sociétés civiles, quand bien même celles-ci auraient adopté la forme commerciale⁵⁶. La Cour se fondait,

52 Cela n'est pas gênant pour VAVASSEUR (*Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2e édition, Marchal, Billard et Cie, Paris, 1878, t. 1, n° 348) : « Au fond objectera-t-on que la limitation de la responsabilité aux mises des associés est contraire à ce principe du droit civil d'après lequel quiconque s'oblige, oblige tous ses biens ? Mais ce principe n'est qu'une règle générale, susceptible d'être amendée par une convention ; car il est indiscutablement permis de limiter son engagement à certains biens ».

53 Ch. LYON-CAEN, *Manuel...*, édit° de 1921, op. cit., p. 333.

54 En réalité cette loi autorisait la libre constitution de SA dont le capital était inférieur à vingt millions de francs. Demi-mesure qui ne put éviter que l'on s'appesantisse sur le sort des sociétés plus vastes qui finirent par être complètement libérées en 1867. On doit cependant noter que la société sera quand même réputée commerciale jusqu'à preuve du contraire (Req. 14 juin 1865, *D.* 1867. 1. 293. *S.* 1867. 1. 440. Req. 8 mai 1905, *D.*, 1905. 1. 430. *S.* 1910. 1. 555. Voir supra note n° 55).

55 Cass. 18 déc. 1871, 26 fév. 1872, 24 juil. 1873 (*D.* 1872. 1. 9 et 11 ; 1874. 1. 127). Il faut cependant bien noter que la société reste valable quelle que soit sa forme, mais ce sont les dispositions de la loi de 1863 qui lui sont expressément inapplicables.

56 Cass, 22 nov. 1873, *J. Pal.*, 1875, 660 ; *S.* 1875. 1. 1881 ; *D.* 1874. 1. 411. V. la note, en sens opposé de Ch. Lyon-Caen, *S* et *J. Pal.*, op. cit.

il est vrai, sur la déclaration du gouvernement promettant une loi à venir sur les SA à objet civil, laquelle ne devait jamais voir le jour. Avait-on attendu l'Empire libéral pour évoquer ces questions ? Bien évidemment non.

Une remontée dans le temps nous amène à la lecture des débats préparatoires de la loi d'avril 1810. La première rédaction de l'art. 8 évoquait le principe en vertu duquel les mines concédées sont immeubles.

« Il en est de même, [poursuit-il] des bâtiments, machines galeries de boisage et autres travaux établis à demeure, conformément à l'art. 524 C. civ., encore que la propriété appartienne à une SA, et soit représentée par des actions ».

La discussion nous éclaire un peu : « M. l'Archichancelier dit que cet article fait naître une question. D'un côté il donne le caractère d'immeubles aux mines, et à toutes les choses qui servent à les exploiter ; de l'autre, il veut que cette qualité leur demeure, même lorsque la propriété appartient à une SA ou autre, et qu'elle est représentée par des actions. On se demandera si cette loi entend immobiliser ces actions en dérogeant à l'art 529 du Code civil, lequel les déclare meubles [on sait que la version finale de l'art. 8 n'y dérogera pas]. Ceci est très important, attendu que les immeubles sont susceptibles d'affectation que les biens meubles ne comportent point, et que les formes dans lesquelles la propriété peut être transférée, ne sont pas les mêmes pour les unes que pour les autres. M. le comte Treilhard propose de rappeler ici ce que dit l'art. 529 du Code civil, que ces actions sont réputées meubles à l'égard des associés seulement. Cette disposition a été établie afin de donner aux actionnaires plus de liberté pour disposer de leurs actions. Elle n'empêche pas que tout ce qui constitue le fonds de l'entreprise ne demeure immeuble aux termes de l'art. 524 ⁵⁷».

Le rapport de Girardin confirme que les mines sont immeubles pour la sécurité de leurs possesseurs ⁵⁸ et que les actions sont meubles, pour leur avantage. Ceci n'empêche cependant point que « la vente d'une mine, soit forcée, soit volontaire, ne

⁵⁷ LOCRE, t. IX, p. 207 sq.

⁵⁸ « L'art. 514 du Code civil leur est applicable comme à toutes les autres propriétés. Elles sont transmissibles comme les autres biens ; elles offrent des facilités pour emprunter, puisqu'elles peuvent être grevées d'hypothèques. Un motif d'intérêt général réclamait l'art. 8. les saisies atteignent tout ce qui est mobilier ; cependant la vente des chevaux, agrès, outils et ustensiles arrêterait tout à coup l'exploitation, et causerait, par cela seul, des pertes irréparables. Les chevaux employés non dans les travaux inhérents à l'exploitation, mais dans les services secondaires, ont été exceptés de cette disposition, et réputés meubles » (Rapport Girardin in *ibid*, p. 515-516).

peut se faire par lots ou portions détachées, si ce n'est avec l'autorisation préalable du gouvernement ».⁵⁹ Le souci d'unité économique lié à l'intérêt national prévaut.

On peut être tenté de diviser l'attaque de la commercialité sur deux flancs. Le premier participera de l'expression manifeste de la volonté des parties de choisir la commercialité. L'autre, d'une volonté implicite, laquelle se décèle dans la simple division du capital social en actions.

1 - La question de l'expression manifeste de la volonté des parties.

La cessibilité des titres de sociétés minières étant prévue par la loi du 21 avril 1810, celles-ci se sont progressivement mises à imiter les traits des sociétés commerciales. On crée des conseils d'administration, des assemblées générales, y décidant au prorata des voix. On limite responsabilité des associés et le fonds social devient le seul gage des créanciers. Les ressemblances étaient encore accrues du fait de la durée indéfinie prévue de leur exploitation⁶⁰. De prime abord Dalloz estime cependant que cette volonté des parties (donnant sa forme à la société) ne peut rien contre la nature civile des opérations. Celle-ci empêche toute commercialisation de la société⁶¹. L'immeuble n'étant pas qualifié de « marchandise » par l'art. 632 C. com., les spéculations l'ayant pour objet ne sont pas commerciales. « Les immeubles, par leur caractère propre, ne se prêtent pas à la commercialité »⁶² [...] Pour nous, nous avons toujours pensé et nous pensons toujours que ces sociétés [minières] ne sont pas de plein droit commerciales »⁶³.

Une certaine jurisprudence affirme d'ailleurs que la seule volonté des parties demeure impuissante à réfuter le caractère civil de la société et à se soumettre à la loi

59 « [...] c'est une conséquence du motif qui a déterminé à faire de la mine une propriété distincte de la propriété de la surface » (ibid., p. 515-516).

60 Même s'il s'agit d'une ressemblance en quelque sorte objective puisque légalement obligatoire. L'*intuitus personae* au sein des sociétés minières est moins fort que l'*intuitus pecuniae* (arrêt de la cour de Liège du 10 mai 1845 cité in DELACROIX, n° 166).

61 DALLOZ, *Rép.*, v° Société, n° 239 : Dalloz considère la civilité de la vente de vin (cf. art. 632 C. com.) comme établie dans l'intérêt du viticulteur, mais il peut y renoncer pour la commercialité [...] la volonté seule de celui qui se livre à certaines opérations n'a pas, par elle-même le pouvoir d'imprimer à ces opérations le caractère commercial ; il est nécessaire que cette volonté soit, en quelque sorte, secondée par la nature des choses elle-même [...] la caractère civil des opérations résulte non de la provenance inconnue des choses, mais de la nature même de ces choses, de leur caractère visible, manifeste pour tous ». Dalloz écarte de la civilité en revanche les spéculations sur les vins ou les bois car « les tiers n'ont pas à s'enquérir de l'origine des produits que la société livre à la consommation, ils n'ont pas à rechercher si ce sont des marchandises qui ont été achetées pour être revendues ou si ce sont simplement des fonds appartenant aux associés » (*Rép.* v° Acte de commerce, n° 239, p. 427).

62 *Rép.* v° Société, n° 239.

63 Ibid. n° 232.

commerciale⁶⁴. Ces questions sont d'ordre public : « Il ne peut dépendre de la volonté des parties qui s'associent de changer, pour la connaissance des contestations dans lesquelles la société qu'elles créent pourrait être engagée, l'ordre des juridictions établi par la loi, soit par une stipulation formelle, soit par l'effet implicite de leurs stipulations »⁶⁵.

La société ayant pour objet l'exploitation d'une mine est donc purement civile décide ainsi la jurisprudence « légaliste »⁶⁶. Celle-ci, ainsi qu'une partie de la doctrine rumine la nature meuble ou immeuble des choses⁶⁷, concept d'ordre objectif participant d'un « principe général »⁶⁸. Il ne serait donc pas au pouvoir de la forme de troubler cet ordre des choses.

Mais cette apparente intransigeance de la position de Dalloz se heurte aux réalités, ce dont il se rend compte, mitigeant sa position. Certes il admet que, lorsque l'objet pour lequel société est formée est commercial, celle-ci ne peut être que commerciale et « [qu'] il ne serait pas au pouvoir des parties de lui imprimer le caractère de société civile »⁶⁹ ; mais, poursuit-il, « la réciproque n'est pas absolument vraie : les parties peuvent, par leur volonté, commercialiser une entreprise qui, par elle-même, avait le caractère civil, pourvu toutefois que l'opération ne répugne pas à cette transformation ».⁷⁰

Cette absence de répugnance se définit par l'idée que « la nature de l'opération ne soit pas incompatible avec la commercialité »⁷¹. Ce caractère, en fin de compte civil, trouve son origine, lorsqu'il s'agit de spéculation sur des immeubles, « non de la

64 Dijon, 26 avril 1841, *S.*, 1841. 2. 481. Cette décision insiste sur le nécessaire additif de faits objectifs v. supra note n° 73 ; Douai, 13 mars 1876. Jurisprudence de la Cour de Douai, 1867, p. 80. TROPLONG, op. cit., n° 331 « Pour être commerçant il faut faire des actes de commerce à titre de profession habituelle et rien ne peut remplacer ces conditions sans lesquelles la volonté d'un individu, et la qualification même qu'il se donne sont impuissantes ».

65 Liège, 28 janv. 1871. *Pasicrisie* 1872. 2. 108.

66 Cass. 10 mars 1841 ; 15 avr. 1834, aff. Mallez v° Mines n° 195 (citée infra in note n° 112). Douai, 15 février 1858 (*Dev.-Car.*, 58, 2, 326).

67 DUVERGIER, *Le droit civil français suivant les articles du Code*, Cotillon/Renouard, Paris, 1845, n° 485 ; DELANGLE, op. cit., n° 26 sq. ; BEDARRIDE, op. cit., n° 92 sq. V. ég. Paris, 2 août 1828, M. LEPOITVIN, pr., aff. Roch C. Seligues ; Rej. 20 avr. 1842, aff. Rouillé, n° 144 ; Bordeaux, 6 fév. 1849, aff. Rollet, *D.P.* 1851. 2. 229.

68 François TERRE, Philippe SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, Paris, 1998, n° 29, p. 30.

69 *Rép.* v° société, n° 238.

70 Ibid. Dans le même sens TROPLONG, op. cit., n° 320-321 ; BEDARRIDE, op. cit., n° 99 ; DELANGLE, op. cit., n° 36, p. 41.

71 *Rép.* v° société, n° 239.

provenance inconnue des choses, mais de la nature même de ces choses, de leur caractère visible, manifeste pour tous ⁷²». Faudrait-il donc exclure du jeu de cette volonté la spéculation sur les immeubles ?

Faisant preuve d'un certain pragmatisme, Dalloz suit pourtant la cour de Dijon qui décide que « [...] les concessionnaires de mines, pas plus que les propriétaires de fonds ruraux, ne peuvent se soustraire à l'empire du droit commercial quand, pour augmenter leurs moyens d'exploitation, ils ont, par des actes publics, manifesté clairement la volonté de se constituer commerçants. En voulant obtenir le crédit que cette qualité peut procurer, ils se sont nécessairement soumis à toutes les garanties de responsabilité qui en dérivent »⁷³.

Rien ne s'opposerait selon Dalloz, à ce que les concessionnaires renoncent à la « sorte de privilège » [la civilité] qu'a établie la loi de 1810 en leur faveur ⁷⁴, de même que le ferait un viticulteur, ou un sylviculteur renonçant qui décideraient de se constituer commerçants en renonçant à un privilège établi dans son intérêt » ⁷⁵.

Mais, même lorsque la nature des choses le permet, Dalloz reste cependant bien réticent, car choisir la commercialité est un acte grave ⁷⁶. S'il dit cependant ne pas exiger une déclaration expresse de la part des parties, laquelle « peut s'induire des circonstances », il faut cependant qu'elle « ressorte avec une évidence qui rende le doute impossible » ⁷⁷, ce que Troplong traduit de son côté par « des faits graves, précis, concordants » ⁷⁸. Ainsi vise-t-il notamment pour les sociétés : la publication, l'enregistrement dans les tribunaux de commerce etc... ⁷⁹. Dalloz se dit d'ailleurs prêt à

72 Ibid..

73 Dijon, 26 avril 1841, S., 1841. 2. 481.

74 *Rép.* v° Acte de com. n° 281 et société, n° 239. « [...] ce qu'un particulier peut faire, une société doit pouvoir le faire également » (ibid., n° 238). Il s'agit bien là d'une manifestation formelle de volonté et nous ne nous préoccupons pas en l'occurrence de savoir si le fond y répugne ou pas (Ceci sera examiné en II/B).

75 *Rép.* v° société, n° 238.

76 Le droit civil est bien plus protecteur car la contrainte par corps et la solidarité sont inexistantes en cas de société civile.

77 *Rép.* n° 240, p. 427.

78 TROPLONG, Sociétés, n° 331

79 Cette position, qui inclut notamment l'adoption d'une forme commerciale se retrouve chez NOUGUIER (t. 2, p. 260), mais aussi dans la jurisprudence. Ainsi l'exploitation d'une mine prend-elle le caractère d'un acte de commerce lorsqu'elle cette exploitation est le fait d'une société en commandite (Paris, 19 août 1841, S., 1841.2. 483, aff. Gary ; Bordeaux, 22 juin 1833 aff. Pompignan, S., 1833. 2. 547). Ces références renvoient à l'opinion de VINCENS évoquée supra note 359 *in fine*. (on doit rappeler qu'outre l'arrêt du 19 août cité ici, la Cour de Paris a rendu deux arrêts le 8 déc. 1842 et le 9 fév. 1843 exprimant des solutions analogues, à savoir qu'une société est commerciale quand elle divise son

accepter ce type de position, mais à la condition expresse que l'« intention de commercialiser l'entreprise » ne soit pas « douteuse ». Certes ses réticences pouvaient s'expliquer par la multiplication des scandales concernant les SCA, mais il lui aurait fallu rendre à chacun le sien, et ne pas oublier le danger qu'il y avait à voir se constituer de véritables entreprises commerciales déguisées en sociétés civiles à raison de leur objet. Il n'avait indiscutablement pas pressenti Panama et l'histoire lui a implacablement donné tort.

Notre jurisconsulte évoque encore une exception à la règle de la civilité d'une exploitation, lorsque les exploitants « [ont] ... manifesté hautement l'intention de commercialiser leur opération »⁸⁰. Peut-être ne s'agit-il que d'une question de mesure, de degré et non pas de nature, mais on peut en douter sans pour autant en exclure absolument la possibilité. Peut-être la « hauteur » de l'intention voisine-t-elle avec la force de l'accessoire ? On ne sait si c'est le cas, mais cela anticiperait alors une autre discussion⁸¹. En tous cas, la seule, la simple division du capital social en action n'est aucunement un acte commercialisant⁸². « Aucune loi n'établit que les billets au porteur soient, plus que les billets à ordre, des effets essentiellement commerciaux ; et le fussent-ils, ils ne transformeraient point une société civile en société commerciale [...] »⁸³.

Voilà une limite bien réelle à l'empire de la commercialité et il semble donc que la division du capital en action ne fait pas partie des faits « graves précis et concordants » évoqués plus haut.

Cette position reflète-t-elle une opinion dominante ? C'est là évoquer la question du sort de la civilité lorsque les associés se sont contentés de diviser le capital de la société en actions.

capital en actions. Une société formée pour l'exploitation d'une carrière, bien que civile par sa nature, et qualifiée telle, doit néanmoins être réputée commerciale, lorsqu'elle a un nom et un domicile sociaux, un directeur-gérant, un comité de surveillance, un banquier, et que son capital est divisé en actions transmissibles par voie d'endossement (*Rép.* v° Acte de commerce, n° 286). L'on retrouve d'ailleurs cette idée, à propos d'une carrière, dans une décision de la Cour Angers, 5 fév. 1842 (aff. Société de la Porée).

80 Ibid., n° 289. Cette référence bibliographique est reprise *infra* pour un autre aspect de la commercialisation par l'accessoire.

81 Voir *infra* en IIe partie les développements sur l'attaque de la civilité sur le fonds.

82 *Rép.* v° acte de com. n° 283 : « [...] on n'est pas mieux fondé à interdire la division du capital en actions au porteur dans les sociétés civiles, qu'on ne l'a été, il y a quelques années, à combattre comme illégale l'émission d'actions de cette nature dans les sociétés en commandite ».

83 Ibid.

2 - La division du capital en actions est-elle suffisante pour commercialiser une société civile ?

Avant la promulgation de la loi de 1810 une décision de Bruxelles, en date du 3 mars de la même année, avait clairement précisé qu'une société formée par actions pour l'exploitation des mines de houille était une SA commerciale. En effet, les achats faits par cette société des fers et outils nécessaires pour l'extraction constituent un acte de commerce. Il est à noter en outre que la Cour s'était fondée sur l'autorisation obtenue en Conseil d'Etat pour affirmer la commercialité. Si les juges lient l'existence d'une SA commerciale à son autorisation, cela voudrait donc implicitement dire qu'il ne pourrait y avoir de société civile par actions. C'est ce que certains ont soutenu, s'appuyant sur le libellé de l'art. 19 C. com.⁸⁴, particulièrement Delangle⁸⁵. Pourtant il semble que le Conseil d'Etat accordait son autorisation pour toutes les SA de nature civile ou commerciale⁸⁶ et c'est que confirmera la jurisprudence de la Cour de cassation⁸⁷.

La question de la nature des sociétés ayant divisé leur capital en actions à ordre ou au porteur devenait cependant une question embarrassante. A tel point que le débat des « extrémistes » de chaque doctrine a même pu se poser à fronts renversés. Certains talibans du droit commercial, comme Delangle⁸⁸, Vincens⁸⁹ ou, de manière plus surprenante, Bédarride⁹⁰, terrorisent le droit civil en évoquant une incompatibilité entre la forme des SA et l'objet des sociétés civiles. Arguant de la contradiction manifeste entre la forme sociale et la responsabilité illimitée d'un associé civil, ils contestent alors aux sociétés civiles le droit de créer des parts cessibles⁹¹. Traduisons prosaïquement : on ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre, s'abriter derrière un objet civil pour

84 Art. 19 C. com. : « La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite, la SA ».

85 DELANGLE, op. cit., t. 2, p. 5.

86 HOUPIN, « Sociétés civiles à forme commerciale. Loi de 1867. Sanctions civiles et pénales. Applicabilité », *JS*, 1891, p. 515

87 Cass. 13 mars 1857 (*D.* 1857. 1. 203) ; Paris, 1er fév. 1858, *D.* 1858. 2. 228 ; Cass. 9 nov. 1858, *S.* 1859. 1. 15 ; Cass. 27 mars 1866 (*S.* 1866. 1. 211).

88 DELANGLE, op. cit., t. 1, n° 28 sq. V. enc. t. 2, n° 424. L'argumentation de Delangle repose simplement sur le fait que le droit civil ne connaît pas de sociétés de capitaux séparées de l'obligation personnelle. Comment dès lors une convention comme la SA, qui ne comporte pas d'obligation personnelle, pourrait-elle jamais être une société civile (cf. *Rép.* v° société, n° 1145) ?

89 Vincens (op. cit., t. 1, p. 349), comme Delangle, s'appuyait notamment sur l'art. 19 C. com.

90 Selon Bédarride, il y avait incompatibilité entre la forme des SA et l'objet des sociétés civiles (BEDARRIDE, op. cit., n° 97 et 123).

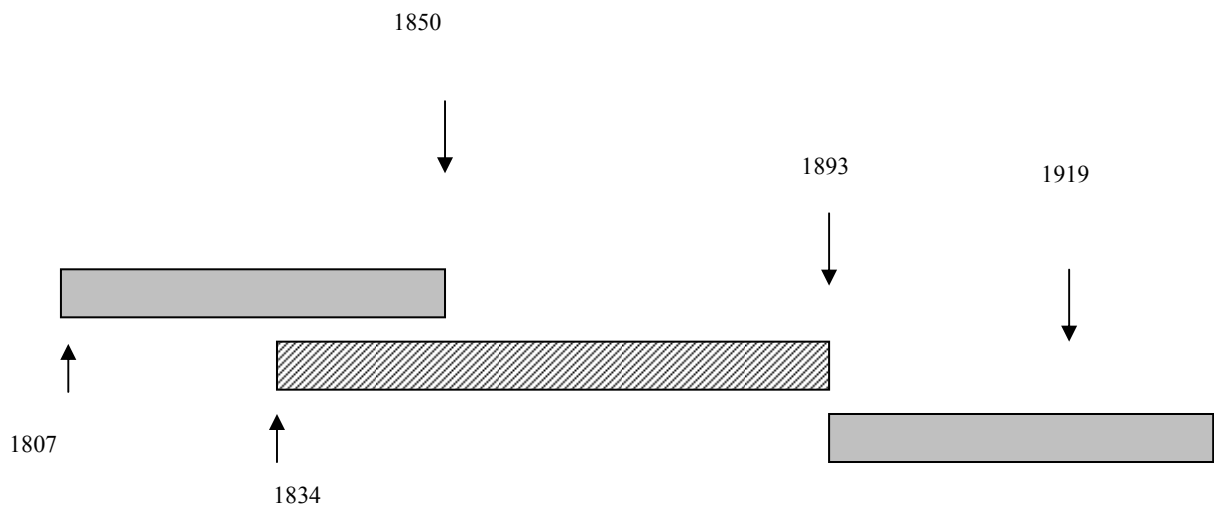
91 Ibid. Voir HOUPIN, *JS*. 1904, n° 1354 ; PORLIER, *Des sociétés civiles à forme commerciale ayant un objet civil*, thèse Paris, 1906 ; WAHL, *JS.*, 1901, p. 242 (lequel soutient qu'une société civile ne peut pas diviser son capital en actions sans se soumettre aux règles restrictives pour ce genre de sociétés).

échapper aux règles contraignantes propres aux sociétés commerciales (responsabilité, publicité, comptabilité...) en n'en gardant que les avantages. Or, à l'opposé, certains civilistes affirmaient que rien n'interdisait l'emploi de formes commerciales pour des sociétés civiles⁹².

La question fut objectivement résolue par l'art. 14 de la loi du 5 juin 1850⁹³, assujettissant au timbre proportionnel les titres ou certificats d'actions dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, commerciale, industrielle ou civile. Cette loi a contribué à infléchir la jurisprudence, qui a alors permis aux sociétés civiles de diviser leur capital en actions⁹⁴. Ainsi *l'intuitus personae* inhérent à ce type de société se trouvait substantiellement érodé, puisque ne jouaient plus ni la mort, ni le départ d'un associé, ni enfin l'incessibilité des parts. En outre le jeu de l'art. 1869 C. civ., qui évoque la sortie de l'indivision, n'a plus lieu d'être, sauf si les statuts entravent droit de cession. Le mandat tacite d'administrer doit être écarté. On voit là encore le progrès de l'influence de la commercialité grâce au législateur fiscaliste.

Sous un autre angle, on peut considérer que la lutte entre la commercialité et la civilité serait passée par trois phases à dominante jurisprudentielle, les deux premières se chevauchant pour une part et révélant une période transition.

3 - Tentative de synthèse.



92 VAVASSEUR, op. cit., t. 1, n° 98 : « La société civile peut diviser son capital en actions nominatives ou au porteur, soit en empruntant à la loi commerciale l'une des formes qu'elle a consacrées [Cass. 12 juil. 1880 JS, 1880, p. 522], soit même en conservant la forme d'un contrat purement civil ». V. enc. supra la position de Dalloz note n° 82.

93 Cette loi de 1850 remplace l'ancien système évoqué par la loi du 22 frimaire an VII (art. 69).

94 Paris, 15 fév. 1868, D. 1868. 2. 208. S. 1868.2. 329.

La première phase serait comprise en la promulgation du Code de commerce et l'arrêt de la cour de Cassation du 15 avril 1834. Durant cette période doctrine et jurisprudence se sont prononcées pour l'application du critérium formel, c'est-à-dire sur la forme extrinsèque adoptée par les fondateurs de la société, abstraction faite de son objet. C'est ainsi, en particulier, que les sociétés minières étaient réputées commerciales lorsqu'elles se constituaient sous la forme anonyme⁹⁵. Cette solution était manifestement contraire au texte de la loi. Quant à l'esprit de celle-ci, c'est là tout l'objet de nos interrogations présentes. Les conséquences de l'art. 1^{er} du C. com. poussaient à devoir reconnaître que le caractère d'une société devait être le reflet de son objet (la question de savoir si l'adoption d'une forme commerciale entraîne des conséquences juridiques étant d'ailleurs réservée).

Dans le même sens, lorsque la propriété d'une mine était divisée en actions, on a pu écarter le droit de mutation immobilier (5,5%) au profit du paiement d'un droit de 50 centimes pour cent francs établi pour chaque cession d'action. Ce droit est d'ailleurs fixe et n'est même pas apparenté d'ailleurs, au droit de mutation mobilier avec lequel il ne se confond pas. Pourtant la Cour de cassation, avant la loi du 5 juin 1850, en écartant justement le caractère immobilier du droit de cession a cru devoir lui substituer le droit mobilier de 2%⁹⁶. Peu importe, ce qui compte ici est que la Cour ait écarté le caractère immobilier du droit du simple fait que la propriété de la mine était divisée en actions.

Contre les réticences des exégètes se prononcent ainsi une partie de la jurisprudence et de doctrine. La Cour de Paris décide que les sociétés formées pour l'exploitation des mines étaient commerciales, alors que le capital était divisé en actions ou négociables ou transmissibles au porteur⁹⁷. Les arguments de la commercialité sont à noter car ils relèvent bien en effet, et c'est bien là l'essentiel, de la différence profonde d'esprit entre le droit commercial et le droit civil : « [...] cette exploitation n'est pas faite seulement par les concessionnaires, mais par une réunion d'actionnaires liés entre

95 Cass. 30 avr. 1828, *S. chr.* PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Plon, Paris, n° t. 3, p. 123 ; DELANGLE, *op. cit.*, n° 34. Le chapeau de l'arrêt dit « L'exploitation d'une mine, quand elle a lieu au moyen d'une réunion d'actionnaires, doit être réputée acte de commerce ; et par suite les difficultés qui y sont relatives sont de la compétence des tribunaux de commerce. L'art. 32 de la loi du 24 avril 1810, portant que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un acte de commerce, doit s'entendre seulement du cas où l'exploitation a lieu sous la direction et pour le compte des concessionnaires » Dans le même sens Bordeaux, 22 juil. 1833 (Vol. 1833. 1. 547) ; Paris 19 août 1840 (Vol. 1. 2. 483). Dijon, 26 avr. 1841 (*ibid.*, 481).

96 Cass. 7 et 14 avr. 1824 et Cour de cassation de Belgique 19 jan. 1843. in *Rép. v° Enregistrement*, n° 2871. Voir enc. DUVERGIER, *Contrat de société*, n° 485, NOUGUIER, *op. cit.*, t. 2, p. 273 sq.

97 Paris, 8 déc. 1842, *Rép. v° Société*, n° 245. Société des houillères de la Theurée-Maillot C. Brandon et autres.

eux par un acte qui a tous les caractères d'une société commerciale ; - Que ce n'est pas par la dénomination de cet acte, mais par son caractère et son esprit [souligné par nous], que sa nature doit être définie [...] »⁹⁸

Les positions des civilistes, plus ou moins étayées par ailleurs⁹⁹, paraissent superfétatoires, puisque si la volonté des parties est impuissante à changer la forme sociale on ne voit pas, *a fortiori*, comme son absence pourrait en être capable. Ainsi et contre l'opinion jugée excessive de Delangle et Vincens¹⁰⁰, se prononcent toute une série d'auteurs¹⁰¹. On a pu argumenter en disant que la création et la transmission des actions sont des actes propres aux associés et ne concernent pas la société, qui reste étrangère à ces opérations faites pendant sa durée¹⁰². Dalloz cite encore un arrêt de la Cour de cassation de 1842¹⁰³ qui décide que : « [...] bien qu'un acte porte la qualification de SCA avec indication d'un gérant responsable et d'une raison sociale, si d'autres clauses de cet acte n'assurent aux souscripteurs d'actions que les intérêts à 5% de leur fonds, en attribuant au gérant la faculté de rembourser ces actions de ses deniers, et de mettre ainsi fin à la société avant le terme fixé, et en réservant au gérant seul la propriété de l'immeuble social, on doit décider qu'un tel acte est dépourvu des caractères constitutifs d'une société commerciale, et n'est qu'une convention ordinaire, purement civile »¹⁰⁴.

98 Ibid. Suivent des considérations sur la forme sociale (titre cessible responsabilité limitée etc.).

99 Dans ce qui consiste en une réfutation objective des éléments de commercialité se trouve un autre argument de Dalloz. Il n'existe aucune loi, dit-il, qui établit que les billets au porteur soient, plus que les billets à ordre, des effets spécialement commerciaux « et, le fussent-ils, ils ne transformeraient point une société civile en société commerciale » (*Rép.* v° Acte de commerce, n° 283). V. ég. Supra note n° 83.

100 Cf. supra note n° 88 et n° 91.

101 DUVERGIER, *Le droit...*, op. cit., n° 485 ; NOUGUIER, op. cit., t. 2 p. 273 sq. ; TROPLONG, op. cit., n° 328 ; A. LEDRU, op. cit., p. 408-409 : « Nous répondons que le fait de créer des titres au porteur ou négociables par voie d'endossement n'est point faire un acte qui soit certainement commercial. Les billets à ordre, qui deviennent des billets au porteur au moyen d'un endossement en blanc, peuvent être souscrits par des non commerçants pour des causes non commerciales. En pareil cas, le billet à ordre n'est pas commercial, mais purement civil, car son caractère dépend uniquement de sa cause ; il est commercial ou non, suivant qu'il est fait ou en exécution d'un acte de commerce (V. art. 189 et 636 C. com.). Nous en dirons autant des actions au porteur ou nominatives, c'est-à-dire transmissibles par voie de transfert. Ajoutons que, lors même que la création de semblables titres pourrait passer pour un acte de commerce, elle ne donnerait pas pour cela à la société le caractère commercial ; elle n'est en effet qu'un moyen de réunir le capital social, mais ce n'est pas le but de la société ; cela ne constitue pas une des opérations en vue desquelles elle a été créée, et qu'on doit seules considérer pour déterminer son caractère civil ou commercial [cf. PONT op. cit.]

102 A. LEDRU, op. cit., s'abritant derrière Duvergier.

103 *Rej.* 20 avr. 1842, aff. Rouillé, v. n° 144.

104 *Rép.* v° Société, n° 244.

En revanche la cour de Nancy avait rendu une décision contraire¹⁰⁵. Dans cette affaire le Conseil d'Etat avait refusé d'autoriser une SA par actions constituée pour l'exploitation d'une mine de houille. Les associés avaient alors décidé de former une SNC. C'est l'acquisition de cette forme qui a poussé la cour de Nancy à qualifier la société de commerciale. C'est en quelque sorte l'accessoire formel qui joue ici (la qualification de SNC) et le principal devient commercial. La question est de savoir s'il s'agit d'une dénaturation de la théorie de l'accessoire et si celle-ci peut aller contre la détermination civile-légale de l'activité minière.

Dans un sens contraire, une décision antérieure de la Cour de cassation (ce qui illustre une résistance de la cour de Nancy ou une progression de la commercialité) en date du 18 novembre 1824 avait opté pour la civilité d'une SNC formée entre les concessionnaires d'une mine (bien qu'elle ait raison sociale et que la mine soit propriété de la société)¹⁰⁶. La nature des choses a toutefois conduit une jurisprudence de 1808 à considérer commerciale une société qui, pour garantie des avances qu'elle faisait à ses clients, se faisait consentir par les emprunteurs des ventes d'immeubles à réméré¹⁰⁷. En outre cette décision est antérieure à la loi du 21 avril 1810.

Les deux camps de la doctrine paraissent assez identifiés, mais face à cet apparent manichéisme apparaît un « électron libre ». La position de Troplong concernant l'achat pour la revente d'immeubles est ainsi avant-gardiste. Les parties à l'acte de société, estime-t-il, peuvent, si elles le désirent, renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810 et légalement considérer que la société formée était commerciale. « Un propriétaire qui vend des produits de son crû n'est pas commerçant, d'après l'art. 635 C. com., et la juridiction commerciale ne saurait l'atteindre de plein droit. Mais concluez-vous là qu'un propriétaire de vignes, qui récolte de grandes quantités de vin, ne pourra pas s'ériger en commerçant pour ouvrir à ses produits de plus vastes débouchés ? [pour du vin, c'est bien...] Direz-vous qu'un grand propriétaire de bois ne pourra pas faire le commerce patenté des bois, avec les coupes de ses forêts ? Non certainement ; vous laisserez ce propriétaire de vignes ou de forêts abdiquer, dans son intérêt, le privilège que la loi n'avait créé que pour son intérêt. Or, la loi de 1810 a fait pour les mines ce que l'art. 638 C. com. a fait pour les propriétaires d'immeubles ; donc

105 Nancy, 16 nov. 1840, 2e ch. ; M. Mourot., aff. Beugnon C. Gaugnier. Extrait de M. Garnier, Jurisp. De Nancy, v° Soc. comm., n° 8 (cf. *Rép.*, v° Société, n° 242).

106 *Rép.* v° société, n° 243.

107 Rej. 21 mars 1808, aff. Sociétaires de la Banque territoriale v° Banque n°197. Il y a là achat pour la revente et sûrement prise en compte de la finalité du système.

il n'est pas plus interdit à ceux-là qu'à ceux-ci de recourir à la qualité de commerçant pour donner une base plus large à leur crédit et à leurs opérations. Le tout est de ne pas leur prêter légèrement une volonté qui ne se présume pas. Là-dessus, on consultera les circonstances, on n'admettra que des faits graves, précis, concordants»¹⁰⁸.

On a le droit, au vu des diverses prises de position, de rester sceptique. Une question essentielle est de savoir ce qui relève du raisonnement juridique pur et ce qui relève d'une volonté délibérée de commercialiser ou de ne pas commercialiser tel ou tel type d'activité. Quid de la sincérité des juges et/ou des auteurs ? Ne sont-ils pas prêts, en fonction de leur conception des choses, de leurs *a priori*, à adopter des positions de conservatisme et à s'y tenir en l'absence de tout réalisme. Ce sera le cas lorsque l'on soutiendra en soutenant la civilité envers et contre tout, déguisant ce point de vue sous des considérations de tradition (nature des choses etc...), de sécurité de telle ou telle partie. Mais la réciproque est aussi vraie chez les commercialistes, dont le combat est empreint de la volonté bien humaine de faire émerger leur science au plan d'une branche du droit aussi estimable, si ce n'est aussi noble que le droit civil. Il s'en suit aussi des prises de position conceptuelles relevant de la crise d'adolescence identitaire du droit commercial¹⁰⁹. La révolution économique joue dans leur sens et il est vrai que la position civiliste est de plus en plus difficile à tenir sur un plan pratique. Une certaine réalité des choses échappe aux exégètes, le réalisme sur lequel ils se fondent est lui-même en mouvement et ceux-ci ne réagissent pas de manière prétorienne. Comment admettre la remise en cause de dogmes, que la terre n'est pas plate ? La civilité ne doit pas consister en un corset, mais participer d'une sécurité que l'on peut choisir d'activer ou pas. C'est ce que Troplong semble avoir senti.

Celui-ci estime encore qu'une société qui se formerait pour l'achat et la revente d'immeubles pourrait recevoir la commercialité de la part de la volonté des parties¹¹⁰. Dalloz, et il n'est pas le seul¹¹¹, réfute cette idée campant sur le postulat en vertu duquel l'immeuble n'est pas une marchandise.

108 TROPLONG, op. cit., n° 331. Comparer avec note n° 314 infra.

109 Cf. la position de VINCENS et DELANGLE supra note n° 88 et 89.

110 Comparer l'opinion de TROPLONG (op. cit., n° 320) avec arrêt de Cass du 9 nov. 1858 (Dev.-Car., 1859, 1,15) qui parle de sociétés civiles qui offrent le caractère de SA et déclare (ce qui est très contestable selon BRAVARD-VEYRIERES (*Traité de droit commercial*, publié et annoté par Ch. DEMANGEAT, t. 1, Marescq, Paris, 1862, p. 181) qu'elles sont soumises à l'art. 37 du C. com.

111 Rép. v° Société n° 239, p. 427 ; BEDARRIDE, op. cit., n° 90 et n° 94 sq. : « La forme ne pourra jamais prévaloir sur la nature des choses et rendre commercial ce qui n'a jamais été susceptible de l'être. Qu'une société formée pour acheter et vendre des immeubles ait été qualifiée d'anonyme ou de commandite, elle n'en restera pas moins civile [...] » Passage à comparer impérativement avec une autre citation du même

La deuxième phase jurisprudentielle est comprise dans une période initiée de 1834, et dont le terme se trouve dans le vote de la loi du 1^{er} août 1893. C'est à compter de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 1834¹¹² qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence se seraient très majoritairement ralliées au critère objectif. Une société sera commerciale si elle a un objet commercial (ie faisant profession de commerçant)¹¹³. Quelle que soit sa forme, une société n'est commerciale que lorsqu'elle a pour objet des opérations que la loi répute actes de commerce. Ainsi, la société entre copropriétaires d'un immeuble (d'un édifice incendié) dans le but de le réparer, de le louer ensuite et de s'en partager les loyers, constitue une société civile et non commerciale¹¹⁴.

a. note 362 ; BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, op. cit., p. 180 : « Il me semble impossible d'admettre qu'une simple forme puisse produire des effets que ne produirait pas la manifestation la plus expresse, la plus solennelle, de la volonté des parties. Or, il est certain qu'on aurait beau déclarer, en achetant un immeuble, qu'on entend considérer cet achat comme un acte commercial et lui en faire produire les effets, cette déclaration serait vaine et sans valeur, et l'achat resterait ce qu'il est en lui-même, c'est-à-dire purement civil, parce qu'il y a là quelque chose qui ne dépend pas de la volonté des parties, mais uniquement de la nature de l'acte et des dispositions de la loi [...] En un mot, on est libre de faire ou de ne pas faire un acte ; mais on ne peut pas, quand on le fait, en changer la nature, par une déclaration en désaccord avec son caractère propre. Une société dont l'objet sera civil conservera donc son caractère de société civile, nonobstant toute déclaration contraire et l'adoption d'une forme commerciale ». Cf. Cass. 10 mars 1841 cité note 66 ; LÉON LACOUR, Jacques BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. 1, Dalloz, Paris, 2e édit°, 1921, p. 136 : « Il faut, croyons-nous, prendre pour guide une idée fondamentale : c'est que la loi, en établissant deux régimes différents, l'un pour les sociétés civiles, l'autre pour les sociétés commerciales, s'est inspirée de certains motifs d'intérêt général. Il ne peut dépendre de la volonté des parties d'en troubler l'économie, en plaçant à leur gré la société qu'elles forment sous l'empire de l'un ou de l'autre de ces régimes [...] On avait cependant soutenu autrefois [avant la loi de 1893] que la nature d'une société dépendait de la forme sous laquelle elle était constituée ; de sorte qu'une société, ayant un objet civil, aurait néanmoins être réputée commerciale, par cela seul qu'elle se serait constituée sous l'une des formes prévue par le Code de commerce pour les sociétés commerciales (en nom collectif, en commandite ou anonyme). Cette opinion doit, en principe, être condamnée, puisqu'elle procurerait aux fondateurs le moyen de placer leur société sous un régime juridique différent de celui que doit lui imposer la nature de ses opérations ». La Cour précise toutefois que la loi de 1893 empêche désormais cette solution d'être adoptée ; HOUPIN, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3e édit°, Larose, Paris, 1901, 3e édit°, p. 53-54 : « On ne peut pas attribuer à une société la qualité de société commerciale par un acte plus ou moins arbitraire de volonté, de même qu'une personne ne peut pas se donner la qualité de commerçant en se qualifiant ainsi ». De même chez DELANGLE (n° 36, p. 40) ; VAVASSEUR, op. cit. DELACROIX, *Sociétés de mines*.

112 Cass. 15 avr. 1834 (*DP*. 1834. 1. 195), aff. Mallez v° Mines n° 195. Dans cette espèce une société pour l'exploitation d'une mine avait été constituée par actions. Dès lors la cour : « Attendu que la société formée pour l'exploitation des mines de charbon de Verchères en Féloin, autorisée par l'arrêté du gouvernement du 13 ventôse an X, constitue une société civile, aux termes de la loi du 21 avril 1810, qui déclare que l'exploitation d'une mine n'est pas un acte de commerce ; - qu'ainsi aucun des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont pas conféré le pouvoir. » (*Dev.-Car.*, 41, 1, 357). *Aj. Douai*, 15 février 1858 (*Dev.-Car.*, 58, 2, 326).

113 *Partic. V.* Paris 15 fév. 17 et 29 août 1868, *S.* 1868. 2. 329. *V. enc. Req.* 18 déc. 1871, *S.* 1871. 196.

114 *DP* 1852. 2. 77. Et cela bien qu'il ait été stipulé qu'elle serait anonyme, et que le fonds social ait été divisé en actions. *Bordeaux* 4 août 1856.

Face au caractère immeuble de la mine, des exceptions à ce principe peuvent certes consister dans la mobilisation du minerai, mais c'est là combattre sur un autre terrain¹¹⁵. Voici cependant une jurisprudence qui fait exception à cette classification. Dalloz cite, en le déplorant implicitement, une décision de la Cour de Paris 9 fév. 1843 considérant qu'une société créée pour l'exploitation d'une mine dont les actions sont négociables, soit par la transmission par voie d'endossement, soit de la main à la main, comme un effet au porteur, constitue une société commerciale, nonobstant la qualification de société civile qu'elle aurait prise lors de sa constitution¹¹⁶.

Quant à la jurisprudence postérieure à 1867, celle-ci ne se préoccupe donc « légalement » que de l'objet, celle-ci a maintes fois précisé que l'adoption d'une forme commerciale par sociétés civiles ne leur permettait pas de limiter leur responsabilité¹¹⁷ : « La forme empruntée par les sociétés ne change ni sa nature ni son caractère, et, la société arrivée à son terme, les droits et obligations des associés seront réglés par la loi applicable à la nature de leur contrat »¹¹⁸.

Sur la civilité liée à l'objet insistent encore des arrêts de la Cour de cassation tel celui du 18 fév. 1878¹¹⁹ ou encore celui du 28 janvier 1884 : « Attendu que l'exploitation d'une mine par la société qui en est propriétaire ne constitue qu'un acte civil, tant que la société en dehors de cette exploitation ne se livre pas à un ensemble d'opérations industrielles ou commerciales qui changent le caractère de ces actes, que le caractère civil ou commercial dépend de l'objet de la société et non de la forme qu'il a plu aux parties de lui donner, l'usage qu'elles ont fait d'une forme commerciale ne pouvant

115 V. infra seconde partie.

116 En outre les statuts prévoyaient une limitation de la responsabilité au montant de la mise de chaque associé. Selon la cour, ce caractère rend les SA ou en commandite « essentiellement différentes » de la société civile. Le titre que la société a pris a donc été « faussement attribué » par les associés (Paris, 9 fév. 1843, *Cie de la houillère de Saint-Ghislain C. Debay*) in *Rép. v° acte de commerce*, n° 284.

117 Penser à l'affaire de Panama.

118 Observation de M. FERAUD GIRAUD au rapport de qui a été rendu l'arrêt Req. 28 jan. 1884, *D.* 1884. 1. 145. *S.* 1886. 1. 465.

119 Arrêt qui infirme un jugement du tribunal de la Seine du 31 mai 1876 (*Rescolli c. mines d'Huelva*). L'arrêt reconnaît le caractère exclusivement civil de la société des mines de cuivre de Huelva, bien qu'elle fût une commandite par actions, bien qu'elle fondit et vendit le cuivre provenant de ses opérations métallurgiques, parce que, « la fabrication et la vente de cuivre et de tous autres métaux qu'on pourrait rencontrer dans les mines appartenant à la société, sont des actes d'exploitation et comme tels essentiellement civils ». Comme le souligne AGUILLON (op. cit., p. 226), l'objet de la société n'était pas d'acheter des minerais pour les traiter et revendre ensuite les produits obtenus, mais qu'elle se bornait à traiter les minerais provenant des mines de la compagnie.

avoir pour effet de changer la nature de l'objet de la société et de transformer en une opération commerciale une opération civile [...] »¹²⁰.

On en est donc venu, après 1867, de manière systématique, à une position défendue aux origines par quelques décisions jurisprudentielles seulement, c'est-à-dire à l'idée que le caractère immeuble des mines emportait, selon la Cour de cassation, la civilité de l'objet¹²¹. Par ailleurs la teneur de l'art. 50 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés à capital variable, illustre encore que l'on peut adopter une forme commerciale pour une société à objet civil, laquelle reste donc civile. Mais dans le sens d'un objet commercialisant, on doit noter qu'une décision de la Chambre des requêtes, en date du 1^{er} juillet 1878¹²², reconnaît le caractère commercial à la Société des forges de Liverdun, laquelle ne se contentait pas d'exploiter la mine lui appartenant et de fondre les minerais en provenant, mais achetait d'autres minerais pour les fondre. Il est vrai que c'est là le jeu de la force de l'accessoire.

La troisième phase de l'évolution est marquée une inflexion notable. La promulgation de la loi du 1^{er} août 1893, tout en maintenant comme règle le critérium objectif, est revenue au critérium formel pour les sociétés à objet civil qui se constitueraient par actions (voire même, sauf controverse, sous la forme de commandite par intérêts). Son art. 6 ajoute un art. 68 à la loi de 1867 qui décide désormais que seront commerciales les sociétés civiles constituées sous formes commerciales.

Pour Vavasseur, la messe n'est pas dite pour autant : « Le législateur de 1893 ne s'est pas occupé des sociétés civiles qui divisent leur capital en actions, sans pour cela emprunter les autres formes de la loi commerciale ; telles sont beaucoup d'anciennes sociétés minières ; nous pensons que les sociétés nouvelles qui viendraient à se former dans de pareilles conditions resteraient civiles, puisque le texte de la loi nouvelle ne déclare commerciales que les sociétés constituées sous formes commerciales »¹²³.

120 Req. 28 jan. 1884, *D.* 1884. 1. 145. *S.* 1886. 1. 465.

121 Req., 7 fév. 1826, aff. Bardet ; 24 juin 1829, aff. Royer ; Rennes 13 juin 1833 : « Considérant que, d'après l'art. 32 de la loi du 21 avril 1810, l'exploitation des mines n'est pas un acte de commerce, et qu'il est naturel d'en tirer la conséquence que l'association pour ce genre d'exploitation entre le sieur Dardel et le sieur Martin, concessionnaire de la mine de Crossac, association qui n'en est que l'accessoire, ne doit pas être considérée comme un acte commercial, puisque la concession pouvait même (art. 13 de la loi précitée) être faite à une société ; qu'il en résulte que le tribunal de commerce de Nantes, tribunal exceptionnel, en statuant sur une affaire purement civile, a violé les règles de compétence, qui sont d'ordre public [...] » (*Rép.*, v° acte de com. n° 278 note 1).

122 *Cie des forges de Liverdun c. Cie du chemin de fer de l'Est.* (v. L. AGUILLON, op. cit., p. 226).

123 VAVASSEUR, op. cit., t. 1, n° 352.

Cette prise de position participe de la persistance de la résistance de la civilité puisque la simple division du capital en actions ne suffit toujours pas, selon lui pour entraîner la qualification de forme commerciale. Sans doute pense-t-il, sans s'en expliquer plus avant, que manquent trop d'éléments comme publicité etc... Nonobstant cette position, le vote de la loi de 1893 a en réalité déplacé le conflit sur le seul plan du fond. Par ailleurs, la loi qui n'a pas d'effet rétroactif, veut favoriser le changement de statut des sociétés¹²⁴.

b) Les conséquences de la civilité et/ou commercialité

1- La juridiction compétente.

La loi de 1810 proclame en son art. 21 que « [...] les autres droits de privilège et d'hypothèque pourront être acquis sur la propriété de la mine, aux termes et en conformité du Code Napoléon, comme sur les autres propriétés immobilières ». L'art. 32 de la même loi¹²⁵ fait préciser à Locré que : « La mine étant une propriété foncière, le particulier ou la société qui l'exploite fait valoir son héritage et rien de plus. Il faut donc exprimer clairement qu'il n'y a pas lieu à le traduire devant les tribunaux de commerce. De toutes les façons les immeubles sont exclus traditionnellement du domaine du droit commercial. Qui plus les art. 632 et 633 C. com. qui contiennent l'énumération des actes de commerce ne visent que des choses mobilières ».

Les solutions jurisprudentielles sont mitigées, confuses. Certaines sociétés, s'adonnant à de véritables activités économiques, en se camouflant derrière le statut de société civile, mettent en péril les droits des associés et des tiers¹²⁶, échappant à la rigueur du droit commercial. Cette possibilité pouvait, à priori, être préventivement éludée tant que durait le contrôle du Conseil d'Etat sur les formations de toutes les SA (même à objet civil)¹²⁷. Mais dès lors que fut libéré l'anonymat ce fut, on l'a vu, temporairement l'objet de la société qui devint seul déterminant de son caractère. Un des dangers majeurs pour les tiers consistait dans l'esquive de toute publicité puisque la

124 Art. 7 de la loi de 1893 : « Les sociétés civiles actuellement constituées sous d'autres formes pourront, si leurs statuts ne s'y opposent pas, se transformer en société en commandite ou en SA par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée [...] »

125 Art. 32 loi du 21 avril 1810 : « L'exploitation des mines n'est pas considérée comme un acte de commerce et n'est point sujette à patente ».

126 Les actionnaires de telles sociétés sont tenus *in infinitum* alors que, sans doute, ils pensaient être seulement à concurrence du montant de leurs actions. Les tiers seront obligés de diviser leurs poursuites en autant d'actions qu'il y a d'actionnaires, ce qui rend leur mission techniquement ardue.

127 Civ., 13 mai 1857, *DP*, 1857. 1. 201.

loi du 24 juillet 1867 n'était pas applicable aux sociétés civiles, fussent-elles constituées par actions.

Les articles de cette loi touchant à la forme de même de la SA restent donc applicables aux sociétés civiles antérieurement constituées sous cette forme. Ainsi sont de la compétence des tribunaux de commerce les questions relatives au taux et à la négociation des actions, la souscription intégrale du capital social et le versement du quart, l'approbation des apports et des avantages particuliers, la conversion des actions nominatives en titres au porteur¹²⁸.

Mais, en dehors de ces cas, la civilité reprenait ses droits. Ainsi était-on d'accord pour reconnaître : que la juridiction civile était seule compétente¹²⁹ ; que la société ne pouvait être déclarée en faillite¹³⁰ et que la prescription de cinq ans établie par l'art. 64 C. com. n'était pas applicable¹³¹. Mais encore lorsque la contrainte par corps existait, les associés n'y étaient pas soumis¹³² et, avant la loi de 1893, les contestations relatives aux opérations sociales entre la société et les tiers étaient de la compétence des tribunaux civils¹³³, de même que les contestations relatives à la liquidation des sociétés

128 Seine, 29 juil. 1886 (S. 1892, II, 270) ; Toulouse 23 mars 1887 (JS 1888, 2) ; Cass. 19 juil. 1888 (S. 1891, I, 59) ; Seine, 20 avr. 1889, 452) ; Paris 29 juil. 1890 (JS 1891, 28) ; HOUPIN, JS, op. cit., 1891, 512 ; Paris, 21 mai 1892 (art. 24997, J.N.) ; LYON-CAEN et RENAULT, *Manuel de droit commercial*, édit° de 1924, LGDJ, Paris, n° 1085 *contra* Aix, 11 jan. 1887 (JS, 1891, 233) et VAVASSEUR, op. cit., t. 1, p. 192. Mais encore sur d'autres points comme la nomination des commissaires aux comptes etc. « Les dispositions de la loi de 1867 sont applicables aux sociétés civiles par actions qui ont emprunté la forme anonyme ou de la commandite, notamment en ce qui concerne le taux et la négociation des actions, la souscription intégrale du capital social et le versement du quart, l'approbation des apports et des avantages particuliers, la conversion des actions nominatives en titres au porteur, l'administration et le contrôle, les assemblées générales, le fonds de réserve imposé aux SA, la publicité, les sanctions civiles etc. (C. HOUPIN, op. cit., p. 230-231).

129 Montpellier, 4 jan. 1841, aff. Dominé. *Rép. v° Mines*, n° 547 et v° société » n° 232.

130 Civ., 18 décembre 1871, DP, 1872. I. 9. Paris, 14 avr. 1883 (JS 1884, 375) ; Cass., 28 jan. 1884 (S. 1886, I, 465). ; Toulouse, 23 mars 1887 (JS, 1888, 2). V. enc. art. 438 C. com. ; Loi du 4 mars 1889, art. 1.

131 Toulouse, 23 mars 1887. Voir HOUPIN, *Sociétés par actions*, n° 10 à 14.

132 VAVASSEUR, op. cit., t. 1, p. 192-193. La cour de cassation dans son arrêt du 28 janvier 1884 que nous avons déjà cité plus haut rappelle que l'objet civil emporte la civilité et, ce qui nous intéresse ici, est qu'une des conséquences en est que ce type de société : « que, dès lors, si les parties qui, pour constituer une société civile, ont recours à une forme commerciale doivent se conformer aux règles applicables à cette forme, elles restent, en ce qui concerne au fond leurs droits, sous l'empire des seules règles applicables aux sociétés civiles et elles ne sont pas soumises aux règles spéciales de prescription et de déchéance édictées par l'art. 64 C. com. pour les liquidations des sociétés commerciales seules » (Req. 28 jan. 1884, D. 1884. I. 145. S. 1886. I. 465).

133 Sur notre objet v. not. LAMACHE, in *Revue de législation des mines*, 1895, p. 265.

minières¹³⁴. Les litiges entre associés n'étaient pas non plus de la compétence des tribunaux de commerce¹³⁵.

La question se posait cependant de savoir si les sanctions civiles et pénales de la loi de 1867 étaient applicables aux sociétés civiles se constituant sous la forme commerciale de la commandite ou de l'anonymat. « Il a été décidé [...] que l'art. 42 de la loi de 1867, qui édicte la responsabilité solidaire des fondateurs et administrateurs d'une SA déclarée nulle, régit exclusivement les sociétés commerciales, et non les sociétés civiles constituées sous forme anonyme ; mais cette décision ne nous paraît pas fondée »¹³⁶.

Il est vrai que lors de la discussion relative à la loi de 1867, le gouvernement avait laissé entendre que seraient traitées à part les SA par actions à objet civil. Cela signifiait que le titre II de la loi ne les concernait pas. Logiquement la Cour de cassation ne leur appliqua pas la loi¹³⁷.

2 - Les clauses limitatives de responsabilité

Traditionnellement l'associé d'une société commerciale est soumis à la solidarité, à la contrainte par corps et à la faillite¹³⁸. En principe les membres d'une société civile ne bénéficient pas d'une limitation de leur responsabilité au montant de leurs actions et restent tenus envers les tiers indéfiniment¹³⁹. Peut-on soutenir que les actionnaires d'une telle société constituée sous la forme de l'anonymat sont tenus au paiement du passif social au-delà de leur mise, en vertu de l'obligation personnelle que les art.s 1862 et 1863 font peser sur les associés dans les sociétés civiles ? Conscientes

134 Montpellier, 4 jan. 1841, aff. Dominé, *Rép.* v° Mines n° 547.

135 Cf. art. 631-2 C. com. En réalité c'est le tribunal civil du lieu où la société est établie qui est compétent (art. 59 C. pr. civ.). V. enc. Cass., 21 juil. 1873, *S.* 1873. 1. 456. ; LYON-CAEN, sous Cass., *S.* 1886, *D.* 1. 465.

136 HOUPIN, op. cit., p. 12 et *JS*, 1891, p. 512. Et à l'appui de son opinion PONT, n°123 ; VAVASSEUR, op. cit., n° 344 à 353 ; MACK (*R.S.* 1885, p. 553 ; ROUSSEAU, *Rép. alph. de la doct. et de la jurispr. en mat. soc. com.*, p. 387 et 388 ; LYON-CAEN (*S.* 1875, 1, p.281) ; Seine, 5 août 1885 (*R.S.* 1886, p. 105° ; Toulouse, 23 mars 1887, op. cit.).

137 Cass., 22 nov. 1873, *J. Pal.*, 1875, 660 ; *S.* 1875. 1. 1881 ; *D.* 1874.1. 411. V. la note en sens opposé, de Ch. Lyon-Caen et *J. Pal.*, op. cit. Cass. 28 jan. 1884, *D.* 1884. 1. 45 ; *JS.*, 1885. 3. 33.

138 CHABROL-CHAMEANE, *Dictionnaire de législation usuelle*, 4e édit°, Paris, 1845, v° sociétés commerciales, p. 1042. Pour une confirmation *a contrario*, V. DALLOZ, *Rép.*, v. "Société" n° 198, p. 416 : "[...] il n'y a, dans le fait de leur association, qu'une simple société civile, par suite de laquelle ils ne sont point solidaires les uns des autres [...]" V. ég. dans le même sens Cass, Rej. 28 brum. An 13, MM. MALLEVILLE, pr. Boyer, rap. GIRAUD, subst., conf., aff. Duhaméau C. Bruneau-Levaseur (se fondant sur art. 17, titre 4, ord. 1673 énonçant la solidarité en matière commerciale seulement).

139 Cf. les art. 1863 et 2092 C. civ.

des certains des avantages de l'anonymat, mais sans pour autant vouloir encourir les risques de la commercialité, nombre de sociétés civiles se sont efforcées, dans leurs statuts, de limiter la responsabilité au montant de l'actif social.

Dalloz notait logiquement que cela leur était en principe interdit¹⁴⁰, ceci rendant alors tous les associés commanditaires, constituant ainsi en réalité une véritable SA au nez et à la barbe du Conseil d'Etat. En revanche il n'en écartait pas la possibilité, si la dite société se conformait à l'art. 37 du C.com., exigeant l'autorisation du gouvernement¹⁴¹. Celle-ci a été considérée comme absolument nécessaire en jurisprudence pour la constitution des SA à objet civil, à compter de la décision de la Cour de cassation du 13 mai 1857¹⁴². A compter de cette date en effet, on ne se préoccupe plus de savoir si le but de la société est lucratif ou pas et l'on applique indifféremment la même exigence aux sociétés d'assurance mutuelles dont le but n'est pas la répartition d'un bénéfice, mais la répartition entre tous les associés des pertes survenues à l'un ou à quelques-uns¹⁴³.

Cette question de l'opposabilité aux tiers des clauses limitatives fut donc, comme à l'habitude, bien discutée¹⁴⁴. Certaines décisions avaient admis que les associés

140 *Rép. v° Société*, n° 248. On doit cependant noter que dans une société civile ordinaire, non constituée sous la forme commerciale, la limitation de responsabilité sera parfaitement opposable à un créancier si sa mention a fait l'objet d'une convention à part insérée dans le contrat avec celui-ci. Cela est parfaitement compréhensible puisque sinon on arriverait à contrevenir aux exigences légales. Cass., 28 nov. 1873, D., 1874. I. 441. S. 1875. I. 281. Dans le même sens voir VAVASSEUR, op. cit., t. I, n° 344 bis « [...] l'obligation indéfinie, qui est de l'essence de la société civile et ne peut être enlevée aux tiers par surprise, sans leur assentiment formel [...] »

141 *Rép. v° Société*, n° 248.

142 Civ. 13 mai 1857, aff. Hannoire, *DP.* 1857. I. 201. Dans le même sens *Rej.* 9 nov. 1858, aff. Pasturin, *DP.*, 1858. I. 461.

143 *Rép. v° société*, n° 99-100. Il faut bien noter qu'antérieurement à cette jurisprudence le seul texte sur lequel on pouvait s'appuyer était l'avis du Conseil d'Etat du 15 oct. 1809 qui posait le principe de la nécessité de l'obtention de l'autorisation pour toute SA, même celles dont le but n'est pas le partage des bénéfices. L'avis n'avait cependant pas été inséré au Bulletin des Lois et ce n'est qu'en 1821 qu'il fut annexé à l'ordonnance du 14 novembre de la même année et à propos des entreprises relatives au remplacement des jeunes gens appelés à l'armée au terme de la loi du 10 novembre 1818. La question était de savoir quelle était la portée de l'insertion de cette ordonnance. Devait-on l'étendre au droit commun ? Il s'en suivra une période d'hésitations de la jurisprudence mais à compter de l'année 1842 la jurisprudence de la Cour suprême commence à se dessiner. L'arrêt du 12 jan. 1842 précise « que c'est par une raison d'ordre public, et non parce qu'il s'agit de sociétés commerciales, que les sociétés sont soumises à la même approbation que les SA » (*Req.* 12 jan. 1842 aff. Chagnet, *Rép. v° société*, n° 100). Les décisions prises par la Cour de cassation en 1857 et 1858 (v. supra note n° 142) feront désormais référence au droit commun et non à l'ordonnance du Conseil d'Etat.

144 LACOUR p. 140 « Il n'existe pourtant aucune disposition légale qui défende de stipuler, dans les statuts d'une société constituée par intérêts, que la responsabilité des associés sera limitée à leur mise (l'hypothèse s'est présentée pour les sociétés civiles). Mais une pareille société n'est pas une vraie SA au sens où l'entend notre législation.

n'étaient pas tenus des dettes sociales et ne pouvaient être poursuivis que jusqu'à concurrence du montant de leurs actions¹⁴⁵. Mais, en sens contraire, on avait pu voir consacré le principe de la responsabilité personnelle et indéfinie des actionnaires¹⁴⁶. Leur participation aux pertes devait être estimée, soit à proportion du nombre de titres qu'ils détenaient, soit *virutim*¹⁴⁷. Il faut parallèlement noter la regrettable tendance jurisprudentielle qui conduit à écarter les fondateurs et les administrateurs de la sévérité des peines édictées contre leurs homologues des sociétés commerciales¹⁴⁸.

Une partie de la jurisprudence n'admettait pas que de telles dispositions, valables entre associés, le soient vis-à-vis des tiers auxquels elles étaient inopposables¹⁴⁹. Ainsi toute disposition statutaire rédigée en ce sens, même connue des tiers, reste inopérante. Les tribunaux de la Seine et de Rouen ont décidé, en principe, que les membres d'une société civile ne sauraient s'affranchir de l'obligation résultant de l'art. 1862, en stipulant dans les statuts que le paiement des dettes sociales ne pourra être poursuivi que sur les biens sociaux, alors même que la société aurait été constituée sous la forme anonyme et les statuts publiés conformément à la loi commerciale. La cour de Rouen, alors que les sociétés civiles anonymes ou en commandite par actions doivent remplir les formes de publicité prescrites par la loi de 1867, a décidé que les tiers ne sont pas réputés connaître la société civile anonyme par l'effet de la publication des statuts¹⁵⁰.

On a également soutenu à l'inverse que les dispositions des art. 1862 et 1863 n'étaient pas d'ordre public et qu'il était dès lors permis aux parties contractantes, au

145 Not. Lyon, 8 août 1873 (*S.* 1874, II, 105) ; Toulouse, 23 mars 1887 *adde* HOUPIN, *JS*, 1891, 512 ; *RS* 1890, 540 ; 1893, 306 ; trib. Toulouse, 9 fév. 1899 (*JS* 1899, 448). V. Seine, 24 déc. 1894 (*JS*, 1895, 115), 26 déc. 1895 (*JS* 1896, 371), 2 et 23 juin 1896 (*JS* 1896, 462, 465) ; Marseille, 21 fév. 1896 (*JS* 1898, 331) ; Rouen, 27 déc. 1899 (*JS*, 1900, 306). HOUPIN, *Sociétés par actions*, n° 13.

146 Seine, 9 avr. 1886 (*JS* 1888, 368) ; trib. Rouen, 30 mai 1888 (*JS*, 1891, 228) ; Rouen, 16 juin 1890 (*RS*, 1891, 261) ; Riom, 5 jan. 1893 (*Rec. Riom*, 1892-1893, p. 193). Civ., 21 octobre 1895, *DP*, 1896. I. 417 et (*JS*, 1896, 13) ; Paris, 18 juin 1900 (*JS*, 1901) ; Civ., 13 juin 1904, *DP*, 1905. I. 25.

147 Bien que ce ne soit pas l'objet de sa décision, on peut trouver un élément de réponse fondé sur les dispositions du Code civil. Dans une décision citée plus haut (Paris, 8 déc. 1842) qui précise que « Attendu que dans une société civile, la limitation du fonds social ne limite pas les droits des créanciers ni les obligations des associés ; - Que tous les associés sont tenus envers les créanciers, chacun pour une somme égale, encore que la part de l'un d'eux fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part (C. civ. 1863 et 1864). Voir enc. A titre d'exemple *Rép. v° société*, n° 626.

148 Pour les administrateurs (Crim., 28 novembre 1873, *DP*, 1874. I. 440) et pour les fondateurs (Com., 21 octobre 1895, *DP*, 1896, I. 417).

149 Paris, 1 fév. 1858. *D.* 1858. 2. 228 ; Bruxelles, 2 fév. 1882 ; Paris, 27 juin 1882 (*J.S.* 1883, p. 133). Contra, Paris, 28 jan. 1868, *D.*, 1868. 2. 244. *S.* 1869. 2. 105 ; 15 fév. Et 17 août 1868. *S.* 1869. 2. 329.

150 Rouen 16 juin 1890, *RS*, 1891.216.

moment où elles forment la société, de limiter par avance l'étendue des engagements qu'elles contractent vis-à-vis des tiers. Les créanciers, avertis, par la publicité donnée aux statuts qu'ils traitent avec une SA, n'auront pour obligée que la société. De ce fait, lorsque la société civile a été constituée sous la forme de l'anonymat ou de la commandite, et régulièrement publiée, les actionnaires ne peuvent être poursuivis que jusqu'à concurrence du montant de leurs actions. C'est, du reste, le principe qui prévaut en doctrine et une jurisprudence¹⁵¹. Après la loi de 1893 en revanche, la simple insertion d'une clause limitative de responsabilité suffira pour rendre la société commerciale et la soumettre aux dispositions de la loi de 1867¹⁵².

Une autre question avait été soulevée tendant à savoir dans quelle mesure les anciens actionnaires d'une société civile restent responsables des dettes contractées par la société antérieurement à la cession de leurs parts. Là encore la jurisprudence divergeait¹⁵³. Ainsi l'application aux sociétés minières des règles du Code civil a l'entraîné à rendre des décisions très dures pour les associés. On a pu voir dans le Nord notamment d'anciens actionnaires recherchés après de longues années, et obligés, de rapporter sur leur patrimoine, en vertu de l'art. 1863 C. civ. des sommes considérables pour l'acquittement des dettes sociales¹⁵⁴.

La question de l'étendue de la responsabilité dans les sociétés civiles ayant adopté la forme de l'anonymat fut posée de manière paroxystique avec l'affaire de la

151 Cf. VAVASSEUR, op. cit., n° 343 ; PONT, n° 123 ; LYON-CAEN et RENAUT, n° 536 ; A. LEDRU, op. cit. ; LECOMTE, *De la responsabilité des associés*, p. 13 ; ALAUZET, op. cit., n° 511 ; BOISTEL, n° 167 ; VINCENS, op. cit., n° 349 sq. ; BESLAY et LAURAS, n° 181 sq. Cass., 21 juil. 1873 (S. 1873, 1, p. 456).

152 Louis DEMONT, *La commercialisation de l'exploitation des mines*, thèse, Lille, Douriez-Bataille, 1928, p. 70. Selon Ch. Lyon-Caen, la limitation des obligations des associés au montant de leur mise semble soustraire nécessairement les sociétés, quel que soit leur objet, au régime du Code civil, pour rendre applicable l'art. 68 de la loi de 1867, en faisant alors considérer la société comme une SA, si cette limitation existe pour tous les associés. Cependant, estime-t-il, rien ne s'oppose à ce qu'une société qui a un objet civil soit soumise, à l'exclusion de la loi de 1867, selon la volonté des fondateurs, aux dispositions de ce même Code civil « quand on s'est borné à diviser le capital en actions, sans limiter la responsabilité des associés ; car, la cessibilité des parts sociales est admise par le Code civil en vertu d'une stipulation formelle [argument de l'art. 1861 C. civ.] (Ch. LYON-CAEN, édit° de 1921, op. cit., p. 337). Paris, 31 mars 1904, *Revue des Sociétés*, 1904, p. 498. Voir à titre comp. les développements de L. AGUILLON supra note n° 44. A l'appui de LYON-CAEN : « Bien que la question de la limitation de la responsabilité des actionnaires soit controversée lorsque la société civile est constituée sous la forme anonyme, les intéressés feront bien d'adopter de préférence cette forme, au lieu de se constituer sous la forme purement civile, et de rester ainsi tenus des dettes sociales proportionnellement et indéfiniment. » (C. HOUPIN, *Traité théorique et pratique des sociétés par actions françaises et étrangères*, t. 1, Larose et Forcel, Paris, 1889, p. 12-13).

153 V. *ibid.*, p. 64.

154 *Ibid.*, p. 66.

faillite de la *Société du canal interocéanique de Panama*. Celle-ci fut une des causes¹⁵⁵ de la décision législative du 1^{er} août 1893, tendant à établir la commercialité par la forme. Cette SA à objet civil s'était retrouvée, on s'en rappelle, en mauvaise posture. Déjà considérée civile en vertu de la loi de 1810, la Cour de cassation a renforcé ce statut, s'appuyant sur le fait que les actes de commerce par elle effectués n'étaient qu'accessoirs à l'activité principale civile (percement de l'isthme, travaux de terrassement¹⁵⁶). Les créanciers de la société, particulièrement les obligataires, avaient agi avec promptitude, dès lors qu'avait été porté à la connaissance du public le mauvais tour qu'avaient pris les affaires de la société. C'est pour empêcher leur généralisation que le législateur est intervenu, suspendant le droit de poursuite individuelle des créanciers¹⁵⁷. Cela illustre de manière criante la distorsion qui existait entre le libellé de l'art. 2093 C. civ. et l'absence d'une procédure digne de le rendre réalisable¹⁵⁸. Le législateur fut amené à prendre des mesures visant à mettre fin à l'incertitude peu préservatrice des droits des tiers créanciers et des associés eux-mêmes¹⁵⁹, par la loi du 1^{er} juillet 1893¹⁶⁰. Si cette dernière avait calmé quelque peu les ardeurs des créanciers de la société du Canal, celle du 1^{er} août, votée dans la foulée, mettait enfin un terme à cette conjugaison par trop disharmonieuse, à cette incompatibilité manifeste entre la forme commerciale et le fond civil.

3 - La personnalité morale

Anne-Marie Patault notait bien justement que la personne morale portait en elle le déclin du droit réel ». ¹⁶¹ En voici un des avatars.

¹⁵⁵ Pas la seule puisque la loi du 11 juin 1870 avait introduit au sein du Code de commerce allemand (lui-même en date du 5 juin 1869) une disposition au terme de laquelle les SCA et les SA sont considérées comme sociétés de commerce, même quand l'objet de l'entreprise ne consiste pas en actes de commerce.

¹⁵⁶ Paris, 8 mars 1889, *D.* 1890. 2. 233.

¹⁵⁷ Dans les sociétés civiles ordinaires, par suite de l'adage *nul ne plaide en France par procureur*, il faut donc énoncer les noms, prénoms, professions et domiciles des sociétaires, individuellement.

¹⁵⁸ On sait par l'art. 2093 C. civ. que "les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers" et par l'art. 565 C. com. que "l'actif [...] sera réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leur créance" (v. Michel VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse, Rousseau, Paris, 1949, p. 10).

¹⁵⁹ Maints d'entre eux pu souscrire en s'illusionnant sur le caractère limité de leur responsabilité au montant de leurs actions.

¹⁶⁰ La loi du 1^{er} juillet 1893, après avoir suspendu les poursuites, vint appliquer à la société du Canal de Panama des règles analogues à celles de la faillite.

¹⁶¹ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1989, p. 197.

On sait que la date de 1834 peut être retenue pour une reconnaissance vraiment claire de la personnalité morale aux sociétés commerciales¹⁶². Durant le siècle il fut progressivement, et généralement admis, que l'adoption d'une forme commerciale donnait aussi à la société civile la personnalité morale, alors même qu'une interprétation littérale les en eût privées¹⁶³. Après le coup de boutoir de 1891¹⁶⁴, le vote de la loi de 1893 ôte toute équivoque et la solution positive n'est objectivement plus douteuse. Il est à noter donc que jusqu'à cette décision jurisprudentielle, seules les sociétés civiles ayant revêtu la forme commerciale pouvaient s'enticher de la personnalité morale, preuve tangible de l'influence de la commercialité sur le droit civil. Tout cela était-il allé de soi ? Et puis il fallait savoir précisément ce que signifiait le fait de revêtir une forme commerciale. Où commençait cette forme ? La simple division du capital en actions était-elle suffisante ? Fallait-il respecter d'autres critères ?

L'incertitude initiale concernant le sort des sociétés minières a aussi affecté la question de leur personnalité. On a pu dire, relativement à cette question, que le sort de ces sociétés était dérogatoire au droit commun des sociétés civiles en raison du sort particulier que leur réserve la loi du 21 avril 1810¹⁶⁵. Cette opinion que l'on pourrait croire orientée avait déjà été soutenue quelques années plus tôt. On avait pu estimer que le caractère particulier des sociétés minières avait poussé le législateur à en faire des sociétés *sui generis*, différant essentiellement de la société régie par le Code civil¹⁶⁶. D'où la possibilité qu'elles aient pu bénéficier, dès les origines, de la personnalité morale, même si aucun texte ne lui reconnaissait officiellement cette possibilité. Goupiln-Préfeln était clair : « [...] Chacune de ces compagnies est une personne morale qui agit, administre et régit les affaires de l'association [...] Tant que dure la société, il

162 Civ. 2 juin 1834.

163 Avant la loi de 1893 nombre d'auteurs s'accordaient à reconnaître qu'une société à objet civil constituée sous une forme commerciale, disposait de la personnalité morale, et ce contrairement à leurs consoeurs ayant conservé une forme civile (PONT, n° 124 sq. ; AUBRY et RAU, § 54-28, §377-17 ; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n° 133) ; mais aussi Cass., 3 fév. 1868 (*D.* 1868. 1. 225) ; Seine, 10 nov. 1891 (*JS*, 1892. 224). Toutefois *contra*, LAURENT, *Principes de droit civil* français, Bruylant/Christophe, Bruxelles, et Pedone/Lauriel, Paris, 1879-1903, t. XXVI, n° 183 et GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, Paris, Pedone, 1892, n° 23. les auteurs favorables suivaient en cela l'a vis du Conseil d'Etat des 1er-4 avr. Et 15 oct. 1809 (en tous cas pour les tontines et sociétés d'assurances mutuelles) ; V. enc. Cass. 5 nov. 1855 et 1er juin 1857 (*D.* 1856, 353 ; *S.* 1858. 1. 614) ; AUBRY et RAU, § 54-20 et 22.

164 Req. 23 fév. 1891, *D.* 1891. 1. 337 – *S.* 1892. 1. 73. Il s'agit là de la décision qui a reconnu la personnalité morale aux sociétés civiles.

165 Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, op. cit., n° 336, p. 120 sq. n° 126.

166 Cour de cassation de Belgique, arrêt du 17 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1865. 1. 37-52).

[l'associé] n'est pas propriétaire de sa portion dans l'immeuble dont il ne peut user, mais de sa portion dans la valeur de l'immeuble » 167.

Il en résulte que, selon les croisements des dispositions de l'art. 8 de la loi de 1810 et celles de l'art. 529 C. civ., le droit des associés ne participe pas de la copropriété, mais constitue un simple droit de créance contre la société qui est seule propriétaire du fonds social¹⁶⁸. Mais ce constat n'a pas toujours été une évidence. Schématiquement deux courants se sont affrontés au sujet de l'acquisition de la personnalité morale par les sociétés civiles.

Un premier courant soutient que la personnalité morale ne leur est pas octroyable¹⁶⁹. En premier lieu parce que rien dans l'ancien droit romain ne montrait qu'elles l'avaient. Ensuite parce que l'art. 529 C. civ. ne déclare meubles que les actions et obligations « dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie » et que, ce faisant, exclut par là les actions dans les compagnies civiles. Cette doctrine se fonde encore sur l'art. 59 C. pr. Civ. qui dispose que l'on devra assigner « les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, en leur maison sociale », ce qui maintient la distinction entre sociétés civiles et commerciales¹⁷⁰. La jurisprudence a pu, dans certains arrêts, décider que les sociétés civiles ne pouvaient agir en nom collectif devant les tribunaux et devaient procéder au nom personnel des membres les composant. Ce type de décision illustrerait l'absence de personnalité morale. La Cour de cassation, en 1836, a pris (cf. *supra*) une position plus surprenante en décidant que bien que les sociétés civiles forment un être moral [!!!] comme les sociétés commerciales, elle ne peuvent toutefois agir en nom collectif devant les tribunaux, représentées par leur gérant ou directeur, et qu'il y a lieu de désigner individuellement, dans l'exploit d'assignation, tous les associés¹⁷¹.

167 Séance du tribunal du 29 nivôse an XII lors des travaux préparatoire à la loi du 21 avril 1810 (LOCRE, t. VIII, p. 66).

168 L. DEMONT, op. cit., p. 29.

169 On y trouve not. Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, op. cit., p. 121-123.

170 THIRY, *Rev. Crit.*, 1854, 412 ; 1855, 289 ; FREMERY, *Etudes de droit commercial*, t. IV, 30 ; VINCENS, op. cit., t. 1, 297, et *Sociétés par actions*, p. 6-7 ; AUBRY et RAU, § 377-16 ; ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 3^e ed., Marchal/Billard, 1879, t. 1, n° 105 et 140 ; BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, op. cit., t. 1, n° 105 et 140 ; GUILLOUARD, op. cit., n° 25 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Larose, Paris, 1885, t. III, n° 760 ; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., n° 105 et 140 ; LYON-CAEN, note (S. 1887, 2. 121) ; LABBE, note (S. 1884, 1, 361) ; MEYNIAL, note (S., 1892. 1. 497).

171 Cass. 8 nov. 1836, S., 1836. 1. 811.

Ceci constitue un précédent déroutant à l'acquisition de la personnalité morale des sociétés civiles. Ainsi la Cour de cassation, dans cet arrêt du 8 nov. 1836¹⁷², a-t-elle décidé qu'il est de l'essence des sociétés civiles aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des droits et intérêts de ses membres ; qu'en conséquence les immeubles sociaux ne peuvent être grevés d'hypothèques, du chef des associés personnellement. Ce qui est étrange c'est que cette même décision, qui paraît bien admettre la personnalité morale de la société civile, ne permet pas à cette entité d'agir en nom collectif¹⁷³. On doit noter par ailleurs cette décision de la Cour d'appel de Douai du 17 décembre 1842, qui reconnaît clairement la personnalité morale pour une société civile : « Attendu que si [...] la recherche ou l'exploitation mines ne peut être considérée comme un acte de commerce, et que si, par suite, les sociétés formées dans ce but ne peuvent être que des sociétés civiles¹⁷⁴, il ne s'ensuit pas qu'une société qui compte au nombre de ses membres des inconnus porteurs d'actions qui peuvent changer de mains à chaque instant, ne soit pas un être moral dont les intérêts puissent être défendus par des administrateurs ou des fondés de pouvoir »¹⁷⁵.

Mais surtout, l'influence de la commercialité est patente dans les lignes suivant immédiatement : « Attendu que si, dans les sociétés civiles ordinaires, et par suite de la maxime *Nul ne plaide en France par procureur*, il faut énoncer les noms, prénoms, professions et domiciles des sociétaires, individuellement, il est impossible aux administrateurs d'une société qui compte des actions au porteur, de se conformer à cette règle ; que non seulement les actions de la société seraient paralysées en pareil cas, mais que même ceux qui auraient des droits contre elle ne pourraient les faire valoir [...] »¹⁷⁶

Au début de la République opportuniste, si Duranton, Bravard et Bugnet considèrent les sociétés civiles comme dépositaires de la personnalité morale, en

172 Ibid. ; Paris, 6 mars 1849 (S. 1849, 2, 427 ; Cass., 9 mai 1864, S. 1864, 1, 239 ; trib. Caen, 12 déc. 1881, JS. 1888, 44 ; Cass. 23 fév. 1891 (JS. 1891, 337, art. 24631 J.N.) ; Cass, 2 mars 1892 (S. 1892, 1, 497) ; Seine, 27 juil. 1892 (JS. 1892, 520) ; Lyon, 3 juil. 1896 (JS. 1897, 432), Cass, 22 fév. 1898 (JS. 1898, 250).

173 Cf. supra note n°171.

174 Ce que Dalloz (*Rép.*, v° Acte de com. n° 285) conteste, sans motiver, mais sans doute parce que la Cour exclue implicitement le jeu de la théorie de l'accessoire. « [...] cet arrêt nous paraît erroné en tant qu'il considère toute société dont le but est l'exploitation des mines, comme ne pouvant être qu'une société civile » (ibid.).

175 Douai, 17 déc. 1842, *Rép.*, v° Acte de com., n° 457 ; décision citée supra note n° 83 et infra n° 254.

176 Ibid.

revanche, ni Demante, ni Valette, ni Aubry et Rau¹⁷⁷ ne partagent cette conviction. Il faut toutefois rendre justice à la partie doctrine réticente à l'octroi de la personnalité morale aux sociétés civiles. En effet, certains des ces auteurs admettaient une exception à leur interdit lorsque la société civile était constituée sous forme de SA. En ce cas estimaient-ils, les « associations civiles » étaient alors revêtues de la personnalité morale¹⁷⁸. Un tel point de vue annonçait était indissociable, certes indirectement, de l'admission égale à venir de la commercialité par la forme.

Un deuxième courant invoque également le droit romain et l'ancien droit mais cette fois-ci dans le sens de l'octroi de la personnalité morale. Les auteurs qui l'alimentent estiment que même si les textes ne proclament pas ouvertement la personnalité morale des sociétés, nombre de dispositions la sous-entendent clairement. Les art.s 1845, 1846, 1847 et 1848, évoquent la dette de l'associé vis-à-vis de la société et non les uns vis-à-vis des autres. L'art. 1857 qui règle les pouvoirs d'administration des associés sur les immeubles appartenant à la société. L'art. 1860 qui défend l'aliénation des biens sociaux par l'associé non administrateur, même pour sa part. L'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 etc. Tout cela illustrerait donc que pour les sociétés civiles comme commerciales, c'est alors l'être moral qui est propriétaire des biens sociaux mobiliers et immobiliers, sur lesquels les associés n'ont, dans tous les cas, qu'un droit mobilier¹⁷⁹. Concernant précisément les sociétés minières il faut souligner le positionnement atypique de Guillouard qui reconnaît la personnalité morale aux sociétés minières, alors qu'il la nie pour les sociétés civiles ordinaires. Baudry-Lacantinerie¹⁸⁰ estime, *a posteriori* il est vrai, que : « Les sociétés minières, aux termes de l'art. 8 de la loi de 1810, ont certainement la personnalité civile, et, par suite, l'art. 529 s'applique à

177 AUBRY et RAU, t. I, § 377, p. 546. V. MOURLON, p. 380.

178 Ibid.; BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, t. I, p. 174.

179 Cf. DURANTON, t. XVII, n° 334 et 388 ; PADESSUS, *Dr. Comm.*, t. IV, n° 975 et 976 ; DELAMARRE ET LEPOITEVIN, t. II, p. 464 ; CHAMPIONNIERE et RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 2753 ; TROPLONG, *Sociétés*, t. I, n° 58 sq. ; DUVERGIER, *op. cit.*, n° 141, 381 sq. ; BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, t. I, p. 174 sq. ; LAROMBIERE, *Obligations*, t. III, n° 1291 ; HOUPIIN, *Journal du Notariat*, 1891, 753. A l'appui jurisprudentiel de ce dernier courant voir décisions citées in note n° 172.

180 Pour GUILLOUARD, *OP. CIT.*, n° 25 et 362 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis...*, *op. cit.*, t. III, n° 760. Il faut y rajouter Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT, *op. cit.*, n° 126, p. 120-123) nonobstant le fait que ces deux auteurs soient (comme Guillouard mais plus tardivement) formellement opposés à l'octroi de la personnalité morale aux sociétés civiles ordinaires (v. supra).

ces sociétés sans distinction entre celles qui sont propriétaires du sol et celles qui ne sont que concessionnaires »¹⁸¹.

Cette dernière distinction constitue le soubassement du deuxième aspect de cette étude tendant à illustrer les progrès de la commercialité à travers le prisme des relations unissant exploitant et propriétaire du sol.

II. – LE TREFONDS A L'ASSAUT DU FONDS

La commercialité, assimilable à un cours d'eau, emporte les éléments civilistes situés en amont constituant un nouveau terrain, commercial en aval. C'est l'accession au profit du commercial. Mais ici ce n'est plus la forme que l'on utilise pour heurter la civilité, c'est sur le fond(s) que la commercialité mène son combat. Comme souvent la complicité du droit fiscal ne doit pas être éludée.

La vieille lutte entre meubles et immeubles se perpétuait sous les auspices peu impartiaux de la révolution industrielle. Méprisé depuis le moyen-âge le meuble attendait sa revanche. Sans doute les physiocrates avaient-ils perpétué l'idée que les biens-fonds constituent la seule richesse, mais, déjà sous la Révolution, leur influence était en déclin. Les banquiers, insinuait Burke, sont souterrainement révolutionnaires¹⁸² et l'économiste libéral Rossi a peut-être été le premier à dénoncer l'insuffisante considération accordée à la fortune mobilière dans le Code civil¹⁸³. Le progrès était en marche. Les techniques d'exploitation de la houille devaient très vite se transformer au cours du XIX^e siècle, l'activité économique issue des mines débordant bientôt la simple extraction de minerai. Dès lors les cadres juridiques unissant concessionnaire du tréfonds et propriétaire du fonds pouvaient-ils s'accommoder d'une civilité parfois embarrassante ? Le vieux corps du droit civil suait paradoxalement la commercialité de tous ses pores, luttant contre un virus l'attaquant jusque sous un angle ontologique, discutant la nature des choses, déqualifiant l'immeuble pour en faire un meuble (II/A).

Sous un autre angle, si la loi du 1^{er} juillet 1893 avait quelque peu calmé les ardeurs des créanciers de la société du Canal de Panama, celle du 1^{er} août suivant immédiatement réputa commerciales toutes les sociétés respectant les règles formelles de constitution édictées dans le Code de commerce, quel que soit leur objet. Lorsque, après cette date, la résistance formelle du droit civil s'effondra, un carré de résistance

181 Paris, 8 jan. 1878, *S.*, 1878, 2. 36, *D.*, 1879. 2. 4. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil des biens*, Librairie de la société du recueil..., 2e édit°, Paris, 1899, p. 110.

182 Jean CARBONNIER, *Droit civil - Les biens*, t. 3, 19e édit°. 2000, p. 100.

183 ROSSI, in *Revue de législation et de jurisprudence*, VI, p. 246 sq. et XI, p. 1 sq.

notable s'arc-bouta cependant sur le fonds, soutenant l'idée que même si une société était commerciale, elle par la forme continuait cependant à faire des actes civils, si la loi réputait leur objet civil.

Or la jurisprudence estima que les actes de ces sociétés devenaient des actes de commerce¹⁸⁴. C'était là le renversement de l'ancien principe, particulièrement dominant depuis 1867, puisque la commercialité ne dépendait plus désormais de la nature de l'objet mais de celle de la société elle-même¹⁸⁵. La commercialité des actes des sociétés minières fut proclamée en 1919. Cette dernière victoire n'était pas plus tant celle de la forme commerciale, mais plutôt le signe de l'idée que la civilité avait cessé de correspondre à un besoin réel (en l'occurrence l'activité minière) (II/B).

On observera ainsi que la commercialité fonctionne par capillarité, qu'elle ne descend pas seulement de la forme de la société vers le fond des actes, mais est bien le produit de son activité. On en trouve une preuve indirecte dans le fait que la loi du 1^{er} août 1893 n'avait pas abrogé l'art. 32 de la loi du 21 avril 1810¹⁸⁶. Et là nous trouvons semble-t-il la posture qui, *a posteriori*, explique l'idée d'appliquer la théorie de la mobilisation par anticipation.

A. – Les conventions des parties ayant pour objet (direct ou indirect) la dénaturation du fonds

Les travaux préparatoires¹⁸⁷ de la loi du 21 avril 1810 justifient, par des motifs contradictoires, le contenu de l'art. 32 et donc la question de la cession du droit d'extraire des minéraux. L'exploitation des mines étant civile on a prétendu que ce texte n'était qu'une application du droit commun, d'après lequel les spéculations sur les immeubles ne sont pas commerciales¹⁸⁸. Par ailleurs la civilité paraissait plus encline à favoriser le développement des exploitations minières, puisque les investisseurs ne risquaient ni la faillite, ni la contrainte par corps. En outre la teneur de l'art. 32 se

184 Req., 17 juin 1909, *D*, 1909.1.413 ; Req., 21 octobre 1931, *JS*, 1932, *Voir Com.*, 2 avril 1957, *JCP*, 1958. II. 10356.

185 Paul DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, 3e édition, op. cit., p. 73. « Cela permet de livrer au commerce la construction et la location des maisons, les travaux publics immobiliers, les salines et les pêcheries, les exploitations agricoles. On voit des sociétés commerciales ne faire aucun acte qui soit de commerce par nature » (G. RIPERT, *Aspect juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 2e éd°, 1951, p. 81-82).

186 Art. 32 : « L'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce, et n'est pas sujette à patente ».

187 Il faut bien distinguer l'extraction des carrières et des minières, de celle des minéraux enfouis dans les mines. C'est cette dernière qui est concernée par la loi du 21 avril 1810.

188 Les concessions de mines sont immeubles d'après l'art. 8 de la loi.

justifie par l'état catastrophique des mines après la Révolution d'où la volonté du gouvernement d'exonérer les exploitants de la patente¹⁸⁹.

a) *Etat des lieux : les cadres.*

Il faut cependant distinguer selon que l'exploitation est le fait du concessionnaire ou du cessionnaire de celui-ci¹⁹⁰. Dans sa thèse Fréjaville¹⁹¹ estime que : « [...] si on considère l'art. 32 comme une application du droit commun il faut appliquer à l'exploitation des mines la solution qui vient d'être donnée relativement à l'exploitation des carrières. Elle sera civile lorsqu'elle sera réalisée par le concessionnaire lui-même, commerciale lorsqu'elle sera faite par un cessionnaire du droit d'extraire les minerais, ce dernier n'achetant en vue de les revendre que des meubles par anticipation. C'est la solution dominante en jurisprudence. De nombreux arrêts n'ont reconnu à l'exploitation des mines un caractère civil que lorsqu'elle était faite « sous la direction et pour le compte d'un concessionnaire »¹⁹².

En revanche, poursuit-il : « Si, au contraire, on considère l'art. 32 comme un texte de faveur ayant pour but de donner des facilités juridiques à l'exploitant des mines, il est évident que l'exploitation ne mérite pas moins d'être encouragée lorsqu'elle est réalisée par un cessionnaire que lorsqu'elle est le fait du concessionnaire. Elle sera donc civile dans tous les cas. La société cessionnaire ne pourra pas être mise en faillite ni assignée devant les tribunaux de commerce »¹⁹³.

Un arrêt de la Cour de Paris en date du 22 février 1848¹⁹⁴ précise clairement que la loi n'admet aucune distinction entre le cas où la mine appartient à celui qui l'exploite, et le cas où il n'en est que locataire. En droit il y a identité entre l'exploitation par le propriétaire et l'exploitation par un tiers¹⁹⁵. Qui oserait soutenir que le cultivateur

189 A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XVIIIe siècle*, PUF, Paris, 1985, p. 78.

190 Voir supra le développement sur lien concessionnaire/cessionnaire.

191 Marcel FREJAVILLE, *Des meubles par anticipation*, thèse, Paris, 1927, p. 282.

192 Cass. Req., 28 avr. 1828, *S. chr.* ; Montpellier, 28 août 1833, *S.* 1834, 2. 557. Il faut noter que cet arrêt de la cour de Montpellier est un peu particulier, puisqu'il affirme sans sourciller que l'exploitation d'une mine sur le terrain d'autrui, sans concession préalable du gouvernement, est un acte de commerce alors que, si la concession avait eu lieu, il s'agirait d'un acte civil. V. enc. Cass. Civ., 10 mars 1841, *S.* 1841, I, 357 ; Paris, 8 déc., 1842, *Journ. Pal., chr.* ; Req. 14 juin 1865, *S.* 1867, I. 440.

193 Aix, 12 mars 1841, *S.* 1841. 2. 484 ; Paris, 28 nov. 1851, *D.* 1854. 2. 191.

194 *D.* 1854. 5. 11.

195 L. DEMONT, op. cit., p. 24.

« fait un acte de commerce lorsqu'il cultive un champ sur lequel il ne peut prétendre à aucun droit de propriété » ?¹⁹⁶

Qui plus est les concessions étaient perpétuelles, permettant au concessionnaire de disposer du temps nécessaire pour les travaux propres à ce genre d'entreprise. Même si la loi du 21 avril 1810 a clarifié les choses en établissant deux propriétés distinctes du fonds et du tréfonds, demeure cependant un lien entre les deux propriétaires dont la nature ne semble pas avoir été précisée. La concession est-elle exploitée en vertu d'un bail ? S'agit-il d'une vente faite par le propriétaire du fonds à celui du tréfonds ? La question peut, à priori, apparaître sans incidence sur notre matière. Pourtant la qualification du lien peut déjà avoir une importance notable, notamment du point de vue fiscal. Mais un problème peut également survenir lorsque le propriétaire du fonds fait l'objet d'une saisie. Quel impact a-t-elle sur le tréfoncier ? Plus précisément quel est le sort des biens extraits ou à extraire vis-à-vis des tiers ? Après la transcription de la saisie les tiers créanciers peuvent se prévaloir de leur hypothèque sur le minerai même extrait ? D'où l'intérêt de savoir si le minerai est assimilable à des fruits ou à des produits, la qualification emportant celle de contrat de bail ou de vente.

On trouve aussi couramment le schéma suivant. Un propriétaire du fonds coexiste avec un propriétaire-concessionnaire du tréfonds et éventuellement une société à qui ce dernier a cédé ses droits d'exploitation. Il y a alors deux liens : un lien propriétaire fonds vers le propriétaire du tréfonds et un lien de celui-ci vers le concessionnaire du droit d'exploitation ou alors, ce qui revient au même, le concessionnaire constitue une société, laquelle est alors une personne morale nécessairement distincte de lui-même¹⁹⁷ (v. schéma infra).

b) *La problématique.*

Il existe deux moyens pour agir contre la civilité. On peut utiliser l'accessoire commercial pour heurter le poids de la civilité par des moyens classiques, ce qui n'est pas ici notre objet¹⁹⁸. Soit une attaque plus indirecte, qui voit les parties et la jurisprudence tenter de contrer par leur volonté, l'arbitraire du dogme législatif fondé sur la nature des choses. Peut-on alors qualifier de meuble ce qui ne l'est pas, ouvrant la

196 DELECROIX, *Traité théorique et pratique de la législation des sociétés et des mines et spécialement des sociétés houillères en France et en Belgique*, Maresq, Paris 1878, n° 178.

197 Sans qu'il cependant opportun ici de digresser sur l'existence et les conséquences de la personnalité morale.

198 Voir cependant infra notes n° 315 sq.

porte à la commercialisation ? On touche ici non plus la forme, mais le fond des choses, à la nature des biens et, par extension, à la nature des actes.

Aujourd'hui il est clairement établi que la raison d'être la mobilisation par anticipation est bien de faciliter la commercialisation des biens concernés¹⁹⁹. Ainsi en va-t-il de la vente de produits miniers ou de matériaux à provenir d'une démolition d'un immeuble. La philosophie de la mobilisation tient toujours au sort plus favorable de celui qui mobilise. Dans notre cas il s'agit d'une fiscalité bien moins lourde et, déjà, la loi du 22 frimaire an VII appréhendait avec bienveillance cette anticipation, les affaires et le droit commercial ne s'en portant que mieux. Il y a donc bien une influence du droit fiscal, directe sur les affaires et, indirecte sur le droit commercial, qui est le droit des affaires. Outre les raisons fiscales, la lenteur des systèmes de transcription et de publicité immobilière poussait à la roue de la mobilité, voire d'autres éléments tenant à la lenteur des tribunaux civils ou aux techniques de preuve.

Un très récent arrêt (à l'échelle de l'histoire du droit...) de la Cour de cassation, paraît poser en principe que la nature immobilière ou mobilière d'un bien, définie par la loi, ne peut être altérée par les conventions entre les parties²⁰⁰. Cet arrêt anachronique a surpris. On conçoit sans doute que les individus ne soient pas libres de baptiser immeuble un diamant pour le rendre susceptible d'hypothèque, ni meuble une maison pour en faire un don manuel²⁰¹. La volonté privée n'en pas moins une influence sur l'application de l'art. 516. Seulement, elle l'exerce à travers des notions légales, qui ont elles-mêmes un contenu psychologique, telle que la destination ou l'anticipation. Sauf à objecter dans ce dernier cas que ce n'est pas la loi qui a consacré la notion, mais la jurisprudence. N'enseigne-t-on pas cependant qu'elle vaut loi ?²⁰²

Quant à la nature des biens, le droit issu du Code civil, par son côté systématique, faisait peu de cas des réalismes anciens. Système boiteux que ce système sans cateaux. Ceux-ci étaient passés à la trappe et avec eux la prise en compte de leur mobilité²⁰³. Autrefois héritage et immeuble ne se confondaient pas, productivité et

199 F. ZENATI, T. REVET, *Les biens*, PUF, Paris, 2e édition, 1997, p. 81-82.

200 Civ. 26 juin 1991 *D.*, 1993, *J.C.P.*, 1992. 2. 21825.

201 F. ZENATI, T. REVET, *op.cit.*, p. 81-82.

202 Voir sur ce point MESTROT, in *RRJ*, 1995-3.

203 L'ancien droit germanique, utilitariste en un sens, distinguait en effet la maîtrise de la terre de celle des autres biens. La terre appartient aux hommes libres, elle est puissance économique et politique. Productrice de revenus elle est « héritage » car destinée à être familiale (idée de durabilité/productivité). L'aliénation en est donc soumise à des conditions très strictes (autorisation de l'autorité et publicité) et « l'héritage » et est pratiquement insaisissable. Quant aux autres biens, ils se caractérisaient par leur

immobilité ne se conjuguait pas nécessairement. « Ainsi, des constructions légères, des jeunes arbres, les clôtures, la semence en terre, la récolte non coupée ne sont pas héritages car sans durabilité ni productivité périodique »²⁰⁴. Ces biens sont susceptibles de revêtir le qualificatif d'immeuble.

C'est face au critère fixité/mobilité apparu au XIII^e siècle, lequel ne convenait point à tous les besoins, que s'était introduit en résistance, dans le Nord de la France, la catégorie intermédiaire les transcendant : les cateux²⁰⁵. Celui-ci fut cependant forcé au point que l'on y incorpora des choses n'étant pas meubles par elles-mêmes. Il en alla ainsi des rentes et des offices, biens incorporels pour lesquels la différence entre la mobilité et la fixité n'avait pas de sens, n'étant ni immeubles ni meubles²⁰⁶. Les rentes furent pourtant déclarées immeubles en raison de leur productivité (faisant entorse au principe évoqué plus haut selon lequel seuls les héritages étaient productifs)²⁰⁷. La classification meubles/immeubles parut toucher à son paroxysme au sein du Code civil, lequel supprima les exceptions de l'Ancien droit. Ainsi avec la disparition des cateux, tout ce qui était incorporé au sol fut réputé immeuble « [...] si bien que le régime juridique des immeubles continue à être fondé sur l'idée que seuls ces biens ont une valeur importante, alors que leur définition rend désormais absolu le critère physique, pourtant dépourvu de lien avec la valeur »²⁰⁸.

Mais, pour éviter qu'une catégorisation nécessairement arbitraire soit trop rigide, il aurait fallu adopter un comportement souple. Sans réalisme économique sur ce point, le Code civil paraissait exclure que des immeubles par nature puissent, par anticipation, être traités comme des meubles. L'art. 520 al. 2 C. civ. précisait que les grains et les fruits n'étaient meubles que si coupés ou détachés. L'art. 521 disposait que « les coupes

périssabilité et appartenaient à tout individu physiquement capable d'en disposer. Cette classification s'est progressivement vue substituer celle, doctrinale, plus complexe et extérieure à l'homme, distinguant meubles et immeubles. Les immeubles étant donc caractérisés par leur rattachement au sol, par leur fixité.

204 A-M. PATAULT, op. cit., p. 90-91.

205 Les cateux sont des choses fixes qui sont soit précaires soit non productives. Dans l'ancien Droit certaines coutumes septentrionales distinguaient les cateux verts (récoltes parvenues à un certain degré de maturité) des cateux secs (moulins, granges). Mais le *Livre de Justice et de Plet* les rejette dans la catégorie meubles des droits fonciers à durée limitée (ibid., p. 91).

206 MALAURIE/AYNES, *Les biens*, 2e édition, Paris, 2005, p. 27.

207 On doit se rappeler également que les romains assimilaient les meubles précieux aux immeubles (C. Just. 5, 37, 22, pr.), mais ce caractère économique ne fut reçu que fragmentairement en droit français (J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens*, op. cit., t.3, p. 101). Toutefois voir 15e plaidoyer de Daguesseau. Beaumanoir dit : « héritage ne peut faillir » [il est perpétuel] (n° 678) de même il dit « héritages valent par année » [ils sont productifs] (ibid.).

208 MALAURIE/AYNES, op. cit., p. 28. Le seul auteur contemporain à défendre la conception du Code civil est CARBONNIER (op. cit., n° 17 et 21).

ordinaires des bois, taillis ou de futaies mises en coupe réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus »²⁰⁹. L'art. 9 de la loi d'avril 1810, qui n'accorde le caractère mobilier qu'au minerai réellement extrait, participe de la même philosophie. La législation impériale était en réalité très prudente quand certains intérêts étaient en jeu. C'est d'ailleurs pourquoi les actions de la Banque de France avaient été réputées immeubles. Certes le souci d'éviter la spéculation était manifeste, mais les vieux réflexes de protection des choses de valeur n'y étaient sans doute pas étrangers.

Mais, sous l'absolutisme légal de la division binaire du Code civil, l'esprit des institutions anciennes a survécu dans une jurisprudence, relayée et systématisée par une partie de la doctrine. A partir de quelques textes épars du Code civil et de procédure civile et d'une jurisprudence décousue, fut construite la théorie de la mobilisation par anticipation. Purent ainsi avoir un caractère mobilier la vente séparée et la saisie ayant pour objet des fractions d'un immeuble destinées à s'en détacher prochainement²¹⁰.

Mais si l'achat d'immeubles pour la revente est tombé dans la commercialité, ce fut grâce au sacrifice de ses camarades de combat. La législation liée à l'activité minière illustre bien cette étape du conflit séculaire meuble/immeuble, lequel peut finir par l'anéantissement des deux protagonistes. Dans quelle mesure, le concept de mobilisation par anticipation a-t-il pu aider à la commercialisation de l'exploitation minière déclarée civile en 1810 ? Cette technique pouvait-elle porter atteinte à ce que la législation napoléonienne semblait avoir posé comme un dogme ?

Les conditions de mobilisation devaient affronter un *a priori* défavorable. L'art. 9 de la loi du 21 avril 1810 précisait que seuls « sont meubles les matières extraites ». On comprend, estime Dalloz, « [...] que la loi ait ainsi rangé les mines, avant leur extraction, dans la classe des immeubles ; c'est ce que commandait d'abord la nature même des choses, et il en résultait, en outre, cet avantage de rendre par là même les mines susceptibles d'hypothèque, et de fournir de cette manière un moyen de crédit à ceux qui les exploitent. »²¹¹.

209 Le critère de l'immeuble par nature c'est l'attache matérielle actuelle à la terre. La rupture du lien, par arrachage, cueillette ou récolte (art. 520 al. 2 et 3 C. civ.), ou encore par coupe ou par abattage (art. 521 C. civ.), voire par démolition (art. 532 C. civ.) est l'évènement qui, créant la possibilité de déplacement, peut seul changer la nature du bien.

210 [Question réservée : La difficulté majeure est l'opposabilité aux tiers qui n'est généralement admise que lorsque la mobilisation est apparente. A leur égard, et c'est bien là un problème, la mobilisation par anticipation est dépourvue d'effets. Y a-t-il matière à évoquer le juste sujet de croire ?]

211 DALLOZ, *Rép.* v° Mines, n° 87.

Même si la nature des choses a le dos large, on doit admettre que l'argument de Dalloz repose sur un soubassement économique défendable. Sa position est cependant en contradiction avec l'évolution croissante que connaissent les garanties mobilières au XIX^e siècle telles que celles incarnées dans le fonds de commerce ou le warrant.

Un problème objectif de taille se place en travers de notre route car, en principe, « c'est l'état actuel de la chose qui détermine sa qualité actuelle de meuble ou d'immeuble ».²¹² Il est vrai qu'à maints égards la quête de la mobilisation par anticipation pouvait apparaître vaine. Ainsi en témoigne une jurisprudence de la Cour de cassation qui, encore en 1850, et d'une manière qui laisse à priori peu de place à la discussion, les immeubles « résistent par leur nature aux conditions sous lesquelles une chose peut être réputée marchandise »²¹³. Autre rappel à l'ordre : « [...] la nature mobilière ou immobilière des biens est déterminée par la loi ; la volonté des parties ne peut pas changer cette nature, contrairement aux dispositions de la loi »²¹⁴. Ainsi l'idée selon laquelle un meuble peut devenir l'accessoire d'un immeuble est aisée à envisager, le contraire l'est infiniment moins²¹⁵. Quelles sont les modalités de la mobilisation ?

Il y a des précédents en droit des biens²¹⁶. Les particuliers peuvent parfois changer la nature d'un bien avec une autorisation du législateur²¹⁷. Ainsi peuvent-ils décider de la nature de leurs apports à l'occasion du contrat de mariage. Pour cela un des époux peut ameubler une partie de ses biens affectée à la communauté (il en va de même pour le testateur ou le donateur). Certains meubles peuvent devenir immeubles lorsqu'ils sont donnés, puis redevenir meubles lorsqu'ils ils échoient en succession, et retrouver la qualité d'immeuble à l'occasion d'un mariage. Mais si de telles conventions

212 Cass. Civ., 2 fév. 1842. Cass. Civ., 3 juil. 1844, *D. jur° gén. V. Biens, n° 22, note 3, t. VI, p. 195*.

213 « [...] ils ne comportent, ni dans leur transmission ni dans leur évaluation à un prix déterminé, ni dans leur produit ou mode de jouissance et de consommation, la rapidité, la simplicité et les facilités que requiert le négoce et qui font qu'une chose passe sans entrave et presque sans formalité de mains en mains, avec une valeur rigoureusement appréciable et un prix courant qui la suit toujours et la remplace au besoin » Req. 4 juin 1850, *DP. 1850. 1. 163* rapport MESNARD. Voir ég ; Cass. 18 nov. 1824.

214 Besançon, 13 avr. 1892, *D.*, 1892. 2. 551. Conception que l'on peut retrouver sur un autre plan voisin de la législation minière mais participant de la même philosophie. Dans le même sens DALLOZ dit à l'art. Acte de commerce, p. 387, n° 17 que : « [...] la volonté seule des parties ne saurait suffire pour attribuer à un acte un caractère commercial ; il faut, en outre, qu'il entre **par sa nature**, et sans le secours d'une interprétation forcée, dans l'une des catégories des actes que la loi répute commerciaux ».

215 Le terme qui manque dans la classification des meubles, c'est celui correspondant aux immeubles par destination ; il n'y a pas de meubles par leur destination. (BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité...*, op. cit., p. 98).

216 Pour les immeubles mobilisés (remploi etc. voir TERRE, op. cit., n° 85 sq. et not. l'exemple p. 89 n°87 et p. 95 n° 95 et p. 137 et 138).

217 JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, reprod° anast. CNRS, Paris, 1988, n° 377.

peuvent produire l'*ameublement* des choses immobilières, on a pu rétorquer que « l'effet d'une pareille clause est restreint et relatif, elle n'intéresse pas la division générale des meubles et immeubles »²¹⁸. Mieux encore, un même bien peut être à la fois meuble et immeuble, suivant la personne concernée. Ainsi en est-il du droit du domanier sur les « édifices et superficies » du bail à domaine congéable. Ce droit est immeuble à l'égard des tiers, mais il est meuble à l'égard du bailleur, solution entérinée par la loi du 7 juin 1791²¹⁹. C'est exactement la même chose que soutient la Cour de cassation dans un arrêt de 1857 concernant le résultat des conventions entre le propriétaire foncier et le tréfoncier²²⁰. Qui plus est, dans un contrat les parties peuvent envisager une chose dans son état futur et la traiter comme meuble, en prévision d'un évènement qui doit mettre fin à l'immobilisation actuelle²²¹. On peut penser ici à la saisie-brandon (saisie des fruits pendants) ou au fait que les fruits sont regardés comme meubles en tant qu'ils sont vendus séparément du fonds. « Les parties contractantes considèrent les objets incorporés au sol dans l'état où ils se trouveront quand la mobilisation prévue sera devenue effective. Le contrat, dans la pensée des parties, a pour objet non pas un immeuble, mais un meuble ; on traite en vue et sous la condition d'un évènement qui doit amener les choses à l'état mobilier. Tel est le principe reconnu par la jurisprudence et consacré dans la formule : le caractère mobilier ou immobilier des biens se détermine avant tout par le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes et par le but qu'elles leur ont assigné²²². Le principe reçoit application dans un grand nombre de contrats, en matière de donation, de société²²³, de partage, dans un contrat de mariage, mais surtout en matière de vente [...] la cause juridique qui donne à ces biens leur caractère de « meuble par anticipation », c'est-à-dire la volonté des parties d'envisager les choses dans leur état futur, suffit de quelque manière qu'elle se manifeste »²²⁴.

Quelle que puisse être la force du lien qui unit la chose à un immeuble, la rupture élimine la qualification d'immeuble²²⁵. Aujourd'hui on considère, sans difficulté, que les produits à extraire d'une mine sont des meubles par

218 BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, op. cit., p.98 .

219 A-M. PATAULT, op. cit., p. 95.

220 V. infra note n°264.

221 BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*..., op. cit., p. 19-20.

222 Cass., 25 jan. 1886, *S.*, 1886. 1. 269, *D.*, 1886. 5. 39.

223 Cass., 20 déc. 1875, *S.*, 1876. 1. 343.

224 BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*..., op. cit., p. 45-46.

225 C. ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 7e édit°, Litec, Paris, 2003, p. 34.

anticipation, «[...] un acte portant sur de tels immeubles peut être soumis au régime des actes ayant des meubles pour objet »²²⁶.

Intégrer un bien par anticipation dans la catégorie des meubles suppose la réunion de deux sortes de conditions. Les unes participent de l'intention des parties à l'acte de mobiliser l'immeuble, d'enlever les récoltes, les bois, les produits de la mine et de les vendre distinctement de la terre, du sol. Les autres permettent de vérifier que l'intention des parties était bien de négocier des meubles et sont donc relatives aux manifestations de cette volonté : l'intention de faire de l'immeuble un meuble doit être réelle et sérieuse. Elle doit être en voie de réalisation certaine, dans un délai court et déterminé. Lorsqu'il en est ainsi, l'acte accompli est soumis au régime juridique des opérations mobilières. Tel est l'effet de la qualification²²⁷, car le but poursuivi est de faciliter la circulation des biens, d'alléger les formalités de cession²²⁸, autant d'éléments dont participe la philosophie du droit commercial. De cette philosophie participait d'ailleurs la catégorie des cateux²²⁹. L'ambivalence née des conventions de concessions minières entre les parties rappelle cet esprit dualiste. Demeure encore un lien d'obligation entre les deux propriétaires et il est tentant de comparer les liens unissant propriétaire du fonds et du tréfonds d'après 1810, avec ceux unissant les propriétés [ie saisines] concurrentes de l'ancien droit. La logique n'est *a priori* pas la même, car l'individualisme est là, et parce que nous n'avons pas deux droits sur un même bien, mais deux tranches différentes²³⁰, deux propriétés concurrentes (nonobstant le maintien

226 Ibid., p. 43.

227 Ibid. et p. 44.

228 Ibid. Il est plus remarquable que la volonté, non plus unilatérale, mais contractuelle, ait la vertu de réaliser le même changement à vue, en dehors de tout texte lui conférant un pouvoir et à raison des mobiles qui l'on mise en mouvement. Il arrive en effet, que les parties envisagent un bien lors des tractations qu'elles engagent, non pas sous sa forme actuelle et qui est par hypothèse immobilière, mais bien sous celle qu'il revêtira par la suite et qui est précisément une forme mobilière [...] les applications de ce phénomène juridique sont de tous les jours : c'est une récolte qui a été vendue sur pied, ou ce sont des arbres [...]. Le même traitement est appliqué à la vente des matière minérales intégrées dans le sol, sable, chaux, pierre, argile, calcaire, bauxite : les produits d'une mine ou d'une carrière, bien que réalisant le type d'immeuble par nature puisque faisant partie intégrante du sol ou du tréfonds, sont mués en meubles lorsqu'on les envisage sous l'angle contractuel et qu'ils sont destinés dans la pensée des parties, à être détachés de l'universalité de fait à laquelle ils ressortissent actuellement (M. PICARD, *Les biens* in *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOLE et RIPERT, n° 105 ; AUBRY et RAU, 4e édition, t. II, § 164, p. 12).

229 Considérés comme meubles, dès lors qu'il s'agissait de relations entre époux ou de succession, et comme immeubles pour les autres questions. Encore ne s'agit-il là que de généralités car les coutumes sont variables (Jean-Philippe LEVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, p. 276).

230 Civ. 16 déc. 1873, Cart. C. le Domaine de l'Etat, *S.*, 1874. 1. 457 ; *D.*, 1874. 1. 249 : « Attendu que le droit de superficie forme un droit de propriété distincte et séparée de celle du fonds ; qu'il porte exclusivement sur les constructions, bois et autres produits du sol [...] que le concours d'un droit de

d'un lien supposant le versement d'une redevance tréfoncière). Le concessionnaire de 1810, en vertu de la volonté de Napoléon, est en réalité un propriétaire et là est la grande nouveauté. « Il n'y a pas, précise l'Empereur, de différence sous ce rapport entre une mine ou une ferme »²³¹. Jusqu'en 1919 le droit du concessionnaire est en outre perpétuel²³². Quelle est, en attendant, la nature de la redevance ?

c) *Qui se cache dans le cheval de Troie de la mobilité ?*

1- *La redevance.*

La redevance est un droit mobilier, puisqu'elle se résout en argent ou en choses mobilières, qu'elle ait été déterminée par le gouvernement ou par voie d'un accord entre les parties (concessionnaire et propriétaire de la surface)²³³. La cession, à titre onéreux, de cette redevance est également mobilière²³⁴. Or l'Etat peut percevoir un droit sur son montant et l'administration a pu soutenir que ce droit était de nature immobilière. La raison en est que le sous-sol appartenait encore au propriétaire de la surface, avant que la redevance ne soit payée par le concessionnaire. En outre l'administration s'appuyait sur le principe du droit commun selon lequel nul ne peut être exproprié, sans une juste indemnité, de tout ou partie de sa propriété. L'indemnité est le prix de translation de la propriété du dessous et, par conséquent, il y a dans le règlement amiable de cette indemnité une mutation immobilière²³⁵. Or la loi de 1810 précise bien qu'une mine ne peut être exploitée qu'en vertu d'un titre de concession délibéré en Conseil d'Etat (art. 5), lequel acte donne la propriété perpétuelle des mines, comme de tous les autres biens (art. 7). Si l'acte de concession transfère la propriété, ce n'est pas le paiement de la redevance qui le fait²³⁶. La conséquence est que le droit exigible est celui de mutation fixe, payé en vertu d'un acte d'exécution, qui n'est d'ailleurs ni mobilier ni immobilier. L'acte par lequel le propriétaire d'un immeuble sous lequel existe une mine, a fixé avec

superficie avec la propriété du tréfonds ne crée un état d'indivision ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance [...] ».

231 LOCRE, IX, p. 343.

232 Ce caractère cessera d'être avec la loi de 1919, qui fait d'ailleurs perdre au concessionnaire son droit de propriété, même s'il garde la possibilité d'hypothéquer son bien. La loi de 1946 soustraira les mines du régime de la concession en nationalisant (cf. A-M. PATAULT, op. cit., p. 229-230).

233 *Rép.* v° Enregistrement, n° 2865.

234 *Rej.*, 15 jan. 1849, aff. Enreg. C. Cie des houillères de Chazotte ; *Rec. Pér.*, 1849. 1. 74.

235 V° Enregistrement, n° 2866.

236 Il est important de noter ici que c'est la logique de l'exploitation qui l'emporte.

le concessionnaire de cette mine, l'indemnité qui lui est due, n'est sujet qu'à un droit fixe et non au droit proportionnel de 5,5%²³⁷.

2 - Les caractères de la redevance.

Celle-ci peut revêtir trois caractères. La redevance fixe consiste à attribuer une somme au propriétaire, calculée par hectare, payable à raison de la superficie possédée par chacun à l'intérieur de la concession, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la mine est exploitée ou non²³⁸. Le caractère de sommes perçues en vertu de cette redevance est celui de revenus ou encore de fruits civils, si l'on suppose que la concession est amenée à durer un temps indéfini²³⁹. Mais s'en tenir là, laisse de côté le fait que le filon est inéluctablement amené à se tarir. Cette absence de renouvellement de la matière ne tend-elle pas alors à déqualifier la qualité de fruit et à lui faire préférer celle de produit ; chaque arrérage payé est alors constitué d'une partie de la chose. Aguillon qualifie, à tort selon nous, ce raisonnement d'une « subtilité douteuse », qui serait repoussé « notamment par raison que, dans notre droit français, la concession peut subsister alors même que la mine serait épuisée s'il plaisait au concessionnaire d'en rester titulaire »²⁴⁰. Cette opinion est un non sens économique, le maintien du concessionnaire en l'état n'ayant pas lieu d'être.

Vient ensuite la redevance proportionnelle, laquelle n'est attribuée qu'aux propriétaires sous les terrains desquels on exploite. On doit proportionner la redevance due à chacun, aux extractions effectivement faites sous leur terrain, celle-ci pouvant être payée en argent ou en nature (partie du produit extrait)²⁴¹. Mais cette redevance proportionnelle est amenée à disparaître lorsque le fonds n'est plus exploité, quand la substance minérale est épuisée. Le caractère de produits serait ici aisément discernable.

Il existe enfin des redevances mixtes²⁴². On est ici en présence d'un contrat par lequel le titulaire d'une concession minière cède à un tiers la faculté d'exploiter les mines, pendant un nombre d'années déterminées et moyennant un prix payable à des échéances périodiques. Il s'agirait d'un acte *sui generis* participant à la fois, quant aux conséquences juridiques qui en découlent et aux principes qui lui sont applicables, du

237 *Rej.*, 26 mai 1834. in *Rép. v.° Enregistrement*, n° 2868.

238 L. AGUILLON, *op. cit.*, p. 252.

239 C'est en tous cas l'opinion de L. AGUILLON, *ibid.*, p. 263.

240 *Ibid.*

241 *Ibid.*, p. 253.

242 *Répertoire pratique*, édit° de 1925, v° Mines n° 192, p. 127.

contrat de vente et du contrat de louage²⁴³. En suivant cette dernière hypothèse, on est amené à s'intéresser à la distinction séparant la mine (ou la concession qui en est faite) d'une part, et le droit d'exploiter d'autre part. Ce droit d'exploiter se résume dans le profit pécuniaire, but de l'exploitation ; il est donc purement mobilier. D'où l'idée qu'en droit fiscal, le droit applicable à la mutation va varier selon que la mutation a pour objet la concession elle-même ou simplement le droit d'exploitation. S'il s'agit de la concession, alors le droit fiscal est immobilier (c'est le droit proportionnel de 5,5%)²⁴⁴. La Cour de cassation a en effet considéré que l'acte passé entre les parties comprenait non seulement le droit d'exploiter, mais encore tous les droits dans la concession. Peu importe que l'intention des parties n'ait été que de céder les droits d'exploitation, il fallait le dire clairement. A propos de cette cession, la transmission qui en est faite par le concessionnaire est-elle perpétuelle²⁴⁵ ou temporaire²⁴⁶ ?

3 - *La nature et la portée de la transmission du droit d'exploitation : un combat de tranchée.*

Si la transmission est perpétuelle alors il s'agit d'une vente qui entraîne la perception du droit de mutation mobilier de 2% et ce bien qu'il s'agisse matériaux non encore extraits²⁴⁷. Il ne s'agit pas selon la Cour de cassation, d'une vente de la propriété de la mine, ni d'une location, mais bien d'une vente mobilière passible du droit proportionnel de 2%²⁴⁸.

Si la cession du droit d'extraction est temporaire, il ne devrait pas s'agir d'une vente, celle-ci impliquant un caractère de perpétuité, ce qui n'est pas le cas d'un bail. Le droit n'est pas alors de 2%, mais de 20 centimes pour cent francs, comme l'avait d'ailleurs précisé la Régie dans l'instruction générale du 19 juillet 1834, conformément à l'art. 1^{er} de la loi du 16 juin 1824. Or cette dernière conception n'est pas suivie dans la pratique jurisprudentielle²⁴⁹. La Cour de cassation a décidé, dès 1839, que le contrat qui confère à l'adjudicataire le droit d'extraire toute la tourbe existante dans un certain délai, constitue non pas un contrat de louage, mais une vente ou cession de la tourbe à

243 Liège, 20 mars 1850, *pasicr. Belge*, 1854. 2. 166 ; Lyon, 29 juin 1855, *DP*. 1855. 2. 351 ; Liège, 8 mars 1869, *Pasicr. Belge*, 1871. 2. 132. L. AGUILLON, op. cit., t. 1, n° 240 ; FERAUD-GIRAUD, t. 1, n° 55.

244 Req. 30 mars 1842, *Rép. v° Enregistrement*, n° 2870.

245 Et comprend donc toute la durée de l'exploitation jusqu'à l'épuisement de la mine.

246 Et donc faite pour un temps à l'expiration duquel le concessionnaire doit reprendre l'exploitation.

247 Cass. 19 mars 1816 in *Rép. v° Enregistrement*, n° 2874.

248 Rej. 12 août 1833 ; Cass. 11 jan. 1843, aff. Boggio, *v° Enregistrement* n° 1789 et 2874.

249 Ce que va déplorer Dalloz infra note n° 252.

extraire, qui, comme la vente d'une coupe de bois ou de pierres à extraire, doit être considérée comme une vente mobilière, soumise au droit proportionnel de 2% ²⁵⁰. Cette position vaudrait, quand bien même les parties auraient-elles décidé de qualifier le contrat de bail²⁵¹. Dalloz, après avoir évoqué cette dernière solution, est pour le moins sur la réserve concernant l'éviction de la notion de bail par la Cour suprême, car l'engagement des parties entre dans la définition du louage (cf. art. 1709 C. civ.). Il reprend l'argumentation de la Cour qui fait reposer la qualification de vente sur le fait que l'exploitation de la mine entraîne l'épuisement du fonds. Ceci fait Dalloz arguer également du fait que les animaux s'usent, les prairies artificielles s'usent, les vignes mêmes s'épuisent même en ce sens qu'après l'expiration d'un nombre plus ou moins considérable d'années, il n'en reste rien que le sol. « Dira-t-on cependant que ces choses ne peuvent faire l'objet d'un louage, même jusqu'au terme de leur existence ? Non, sans doute. Pourquoi donc en serait-il autrement des mines et des carrières ? La jouissance des choses qui sont dans le commerce varie suivant leur nature. Sous le rapport de la jouissance, une maison diffère d'une pièce de terre ; la jouissance d'une terre varie elle-même suivant qu'il s'agit d'un pré, d'un bois, d'une vigne [...] c'est cette jouissance qui fait l'objet du bail : dans la mine c'est l'exploitation qui est la jouissance, parce qu'il n'y a pas d'autres manières d'en jouir que de l'exploiter : et cette exploitation, rien, ni dans le texte de la loi, ni dans la nature des choses, n'indique qu'elle ne puisse pas être l'objet d'un bail » ²⁵².

Et Dalloz de s'abriter derrière Troplong : « Les produits des mines ou carrières sont des fruits qui peuvent faire l'objet d'un bail [...] vainement dira-t-on que le minéral une fois extrait ne se reproduit pas comme les fruits d'une terre. Non ! car la mine consistant dans des réunions de gîtes plus ou moins riches ne s'épuise pas du premier coup par des extractions de substances minérales [...] elle survit aux extractions de chaque année, elle continue à rester une source de produits et un objet de jouissance, jusqu'à ce que les gîtes n'aient plus rien à rendre. Mais tant que des substances métallurgiques sont recelées en son sein, elle constitue une propriété supérieure aux fruits qu'on lui arrache, une propriété productive susceptible de location » ²⁵³.

250 Cass, 31 juillet 1839. cf. trib. De la Seine, 21 juin 1838, aff. Brochet.

251 Cass. 22 août 1842 in *Rép.* V° Enregistrement, n° 2877.

252 *Rép.* v° Enregistrement, n° 2880. V. enc. FAVARD DE LANGLADE, *Rép.*, v° Louage, sect. 1, § 1, n° 2 ; DUVERGIER, *Du Louage* ; ROLLAND DE VILLARGUES, v° Louage.

253 TROPLONG, *Du louage*, n° 93. Dans le même sens voir la décision de la cour de cassation citée infra note n°279.

Le fait que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1837 ait pu concerner la matière civile et non fiscale, ne constitue pas un argument selon Dalloz, car le droit fiscal ne fait jamais que tarifier les conventions telles qu'elles sont prévues par la loi civile : « [...] Il faut donc le répéter : la vérité légale, sur le point particulier dont il s'agit ici, est dans l'instruction générale du 19 juillet 1834. Le retour à la solution contenue dans cette instruction, donnerait aux véritables principes une satisfaction que le grand nombre de décision contraires ne permet, cependant, d'espérer ».

On doit également noter qu'il « a été jugé par application de l'art. 32, que l'exploitation des mines ne constitue pas un acte de commerce, même à l'égard de ceux qui ne sont que locataires de la mine²⁵⁴. Dans un esprit voisin : « L'exploitation d'une carrière pour en vendre les produits, il a été jugé qu'elle n'est aussi qu'un acte civil, quand elle est effectuée par le propriétaire même du sol, et que, par suite, l'action formée par l'ouvrier employé à cette exploitation en paiement de ses salaires, est incompétemment portée devant les juges consulaires »²⁵⁵.

En revanche Pardessus²⁵⁶ estimait que si l'exploitation était entreprise par un tiers, il y avait alors acte de commerce de sa part, soit dans le traité fait avec le propriétaire du sol concernant la redevance annuelle ou proportionnelle à lui payer, soit dans les engagements qu'il contractait avec d'autres personnes, relativement à l'opération à laquelle il se livrait. Il a été salué en ce sens, par un arrêt de la cour de Bordeaux du 29 février 1832, qui a décidé que lorsqu'une carrière est exploitée par le propriétaire et par un tiers, *principalement chargé de l'entreprise*, cette opération constitue de la part de tous deux, un acte de commerce. Dalloz résiste cependant encore : « Mais il nous semble difficile d'admettre cette distinction ; nous ne concevons pas comment la même opération, qui est purement civile, lorsqu'elle est fait par le propriétaire, devient commerciale, lorsqu'elle est effectuée par un tiers, qui tient tous ses droits de ce dernier (car à la différence des mines et des minières, les carrières ne peuvent jamais être exploitées que du consentement du propriétaire) ; il nous paraît plus exact de considérer le concessionnaire d'une carrière comme une sorte de fermier, et ne

254 Paris, 22 fév. 1848, aff. Moderat, *DP.* 1853. 5 ; *Rép.* v° mines, n° 271. voir le n° 278 du *Rép.* v° acte de com. qui précise que plusieurs arrêts ont déclaré l'exploitation des mines civiles que celle-ci soit le fait du concessionnaire ou d'autres personnes et c'est toujours l'objet qui est déterminant de la nature de la société (Req. 7 fév. 1826 aff. Bardet, v° Société et 24 juin 1829, aff. Royer, V Société ; Rennes 13 juin 1833 ; Cass. 15 avr ; 1834, aff. Mallez, V° mines ; Aix 12 mars 1841 ; Douai 17 déc. 1842, aff. Arnoust, v. n° 285).

255 Orléans, 13 mars 1844, *Rép.* v° Acte de comm. n° 290.

256 PARDESSUS, op. cit., n° 11.

lui appliquer, dès lors, que les règles de compétence et d'exécution déterminées par la loi civile »²⁵⁷. Le combat est assurément âpre.

4 - *L'immixtion du concept d'anticipation dans le débat.*

La logique économique est individualiste. Elle ne peut donc que se satisfaire de l'indépendance accordée au propriétaire-concessionnaire du tréfonds par Napoléon. Le propriétaire du tréfonds, dans la convention qu'il passe avec celui du fonds, peut vouloir décider d'ameubler par anticipation le minéral. Ceci est d'autant plus logique que le propriétaire du tréfonds, étant un véritable propriétaire, a pu considérer légitimement la concession qui lui a été faite comme procédant d'une vente et non d'un louage.

L'attaque s'est faite par le prisme de la jurisprudence « canal historique ». Il faut voir le fisc comme un cheval de Troie faussement inconscient du droit commercial. On ne peut évidemment pas soutenir l'idée que la Cour de cassation, majoritairement composée d'anti-exégètes, mènerait une sourde lutte contre la civilité et contre la nature des choses de manière délibérée. Mais, à travers sa jurisprudence, ne peut-on pas distinguer, au contact du réel, un certain pragmatisme qui la conduit à envisager les choses d'une autre manière que la doctrine immobiliste ? On peut toujours dire que l'auteur de ces lignes force la réalité favorablement à son présumé, mais la réalité de l'évolution légale ultérieure agit, au minimum, comme une confirmation de celui-ci.

Il y a une jurisprudence constante dans de nombreux arrêts rendus par la Cour de cassation à l'égard du fisc²⁵⁸. En vertu de ces arrêts la cession du droit d'exploiter une mine²⁵⁹, pendant un certain nombre d'années²⁶⁰, moyennant une somme payable

257 *Rép.* v° Acte de comm. n° 291.

258 Civ. 22 août 1842 (*DP.* 1842. 1. 348) ; 11 janvier 1843 (*DP.* 1843. 1. 90) ; 17 jan. 1844 (*DP.* 1844. 1. 89) ; 23 avr. 1845 (*DP.* 1845. 1. 197) ; 26 jan. 1847 (*DP.* 1847. 1. 180) ; 5 et 6 mars 1855 (*DP.* 1855. 1. 83) : « L'acte par lequel la Compagnie des mines cède à un tiers, pour un nombre d'années déterminé, le droit d'exploiter diverses couches de charbon constitue, quel que soit le qualificatif que les parties lui ont donné, non un bail, mais une vente mobilière (art. 1582, 1909 C. civ.). » Une semblable cession est passible du droit de 2% établi pour la vente ou la cession d'objets mobiliers par la loi du 22 Frimaire an VII art. 69, § 5 et loi du 16 juin 1824, art. 1.

259 Il ne s'agit pas de la cession de la mine elle-même. La cession de la mine elle-même et de tous ses droits par le propriétaire est susceptible d'entraîner deux solutions différentes, selon que la mine est exploitée par un particulier ou par une société. Si c'est par un particulier, alors le fisc exige la perception d'un d'aliénation immobilier proportionnel (Req. 30 mars 1842, *Rép.* v° Enreg. N° 2870). Si la propriété de la mine est formée d'actions, la vente de ces actions n'entraîne pas l'application du même droit (voir tableau synoptique joint en annexe).

260 La loi du 21 avril 1810 parle bien de perpétuité mais cette perpétuité concerne les rapports entre le propriétaire du fonds et celui du tréfonds et non ceux qui unissent le tréfoncier et un tiers cessionnaire, auquel cas il semble que la perpétuité doive être écartée ; il semble d'ailleurs que cette différenciation des liens n'entraîne pas, au fond, de solutions différentes quant à notre problématique.

périodiquement, constitue un contrat de vente et non un contrat de louage, quoiqu'elle ait reçu des parties la qualification de bail. La conséquence en est l'ouverture du droit de vente mobilière prévu par la loi du 22 Frimaire an VII²⁶¹. Cette jurisprudence est fondée sur ce que l'acte par lequel l'exploitation d'une mine est amodiée pendant un certain temps « n'a pas seulement pour objet de transformer, pour un temps la jouissance de la chose cédée, mais qu'il transmet réellement, et dès le jour du contrat, la propriété des produits que l'acquéreur a le droit d'enlever, puisque l'extraction de ces produits qui ne peuvent plus se reproduire, diminue la masse des matières que contient la mine, et peut, après un temps plus ou moins long, l'anéantir complètement ».

Quoique consacrée en matière fiscale, la doctrine de la Cour suprême a, comme on le voit, une généralité qui devait en faire et en a fait étendre l'application aux matières du droit commun.

Il existe une limite qui semble d'emblée intangible, mais qui relève d'une logique économique nationale d'Etat, et non pas purement privée. Il faut en effet bien respecter l'idée que la loi de 1810 veut tout faire pour que soit maintenue l'unité de l'exploitation, laquelle ne doit pas être divisée en parcelles. Il a ainsi été jugé que l'amodiation partielle d'une mine est nulle comme présentant les caractères d'une vente partielle, défendue par l'art. 7 de la loi²⁶². Ce maintien de l'unité de l'exploitation ne doit pas forcément être interprété comme une entrave à la liberté d'agir fondée sur la civilité. Il s'agit au contraire de maintenir une cohérence économique bien compréhensible. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1844 confirme les dispositions légales, même si la Cour suprême avait rendu, dans un premier temps, deux décisions favorables à l'amodiation partielle²⁶³.

Cette même Cour, en 1857²⁶⁴, rend une décision intermédiaire [ce n'est pas la seule] intéressante, qui montre le progrès de la théorie du meuble par anticipation. La Cour, tout en persistant [elle l'a donc déjà soutenu] dans sa doctrine de la mobilisation

261 Art.69, § 5, n° 1 de la loi du 22 Frimaire an VII.

262 Civ. 4 juin 1844, *DP.* 1844. 1. 255 ; 26 nov. 1845 *DP.* 1846. 1. 20. Il est à noter que la cour suprême répudiait, en décidant ainsi, l'opinion contraire qu'avait adopté un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 déc. 1837 (*DP.* 1838. 1. 5. V. ég. *Rép.* v° Mines, n° 75 sq.)

263 Cass. 4 juillet 1833 et 20 déc. 1837.

264 Req. 15 déc. 1857, *D.* 1859, 1. 366. Dans le sens de la qualification de produits et de la vente mobilière dont il résulte Civ. 4 août 1886, *DP.* 1887. 1. 36 ; 13 jan. 1897 (motifs), *Sir.* 1898. 1. 49 ; Amiens, 21 juil. 1898, *Rec. Amiens*, 1900, p. 132 ; Trib. Corr. Saint-Etienne, 28 juil. 1905, *DP.* 1910. 1. 489 ; Trib. Civ. Saint-Etienne, 6 mai 1913 (motifs), *Rev. Législ. Mines*, 1913, p. 241. DUPONT, *Jurisp.*, t. 2, p. 78 ; LAURENT, *Principes du droit civil français*, t. 25, p. 8 ; SPLINGARD, *Des concessions de mines dans leurs rapports avec les principes du droit civil*, Larcier, Bruxelles, 1880 n° 144.

anticipée du minerai lorsque le droit d'exploiter a été concédé pour un certain temps, limite aux parties les conséquences de cette mobilisation, sur laquelle fait prévaloir, à l'égard des tiers, la nature réelle et légale du minerai à l'époque de l'exercice des droits appartenant aux tiers²⁶⁵. « En cas de saisie d'un immeuble contenant une mine exploitée par un tiers, en vertu de la cession que le maître de la mine lui a faite de ce droit d'exploitation, le prix des minerais non encore extraits lors de la transcription de la saisie, est, par l'effet de cette transcription, frappé d'inaliénabilité à l'égard du saisissant et des créanciers inscrits, sinon comme loyers²⁶⁶, du moins comme prix d'une portion de l'immeuble saisi, et la saisine ne peut plus, dès lors, le céder au préjudice de ses créanciers ».

Les parties avaient décidé de qualifier de vente mobilière la concession du droit d'exploiter une mine et écartaient donc la qualification de louage [écartant de fait l'applicabilité de l'art. 685 C. pr. civ.]. Elles procédaient ainsi à une mobilisation par anticipation du minerai à extraire. Dans ce cas, la redevance payée par le concessionnaire n'est donc pas un loyer « mais forme le prix d'une masse de matière réputée détachée de cet immeuble, et entrée par suite de cette fiction, dans la classe des objets mobiliers ? »²⁶⁷. Cette mobilisation permettait, selon les parties, de soustraire aux créanciers saisissants le transport de minerai que le propriétaire avait fait au concessionnaire après la transcription de la saisie. La décision de la Cour de cassation est « entre-deux », puisqu'elle admet que l'on peut mobiliser le minerai par anticipation, mais n'en étend pas les conséquences aux tiers après que la transcription de la saisie a été faite. On notera aussi, que la Cour confirme bien qu'il s'agit d'une vente et non d'un bail. Par conséquent, le fait qu'elle décide de refuser l'opposabilité de la mobilisation anticipée du minerai aux tiers s'appuie, non pas sur le fondement de l'art. 685 C. pr. civ. relatif à l'immobilisation des loyers, mais sur celui de l'art. 686 du même Code concernant l'inaliénabilité du fonds lui-même (dont les minerais non extraits au moment de la transcription sont une partie intégrante, représentée par leur prix). Comment, en dehors de la protection des tiers, interpréter la décision de la cour de Cassation ? Peut-

265 Ibid. : « Par conséquent, le prix du minerai non extrait doit être considéré quant aux créanciers inscrits sur l'immeuble, comme le prix d'une portion de cet immeuble, et dès lors, ce prix se trouve compris dans la saisie de l'immeuble, aussi bien que l'eût été le minerai, s'il n'avait point été cédé ».

266 On écarte donc comme justification le jeu de l'art. 685 C. pr. relatif à l'immobilisation des loyers et fermages (art. 685 : « Les loyers et fermages seront immobilisés à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque »).

267 Noter l'utilisation du concept de fiction qui là encore rappelle les fictions romaines et les services qu'elles rendirent au droit commercial et qu'elle rendent encore notamment avec la théorie de la personnalité morale qui finira bien par devenir réalité elle aussi, même en matière de sociétés civiles.

être favorise-t-elle l'essor du commerce en laissant libres les parties de choisir leur qualification, mais se ravise-t-elle dès lors que la civilité la rappelle à l'ordre. Il faut noter également ce point important que, à l'égard du fisc, la cession du droit d'extraire du minerai est qualifiée de vente mobilière et non pas de contrat de louage²⁶⁸.

La qualification de vente mobilière l'emporte cette fois clairement dans un arrêt du 4 août 1886. Dans cet arrêt : « le contrat par lequel le propriétaire d'un terrain cède le droit d'en extraire du kaolin moyennant une redevance fixe par tonne, constitue non un bail, mais une vente des matériaux extraits, et le prix stipulé doit être considéré comme le prix d'objets mobiliers. En conséquence, le propriétaire du terrain n'est pas fondé à réclamer le privilège de bailleur pour garantir le paiement du prix »²⁶⁹.

Donc le propriétaire du fonds ne peut prétendre aux privilèges du bailleur et donc au jeu de l'art. 2102 C. civ., lequel accorde un privilège au bailleur pour les créances de loyers et fermages. Si la qualification de bail l'avait emporté alors il y aurait plus eu de problème de qualification de biens. Dans ce cas « il n'est plus nécessaire d'envisager les fruits en eux-mêmes ; ils sont envisagés comme accessoire du bail. Il n'y a plus de meubles par anticipation »²⁷⁰. Plus la qualification de louage gagne plus la théorie de la mobilisation par anticipation perd²⁷¹. Le caractère contractuel réagit donc sur le caractère des biens.

Mais parfois la jurisprudence a pu considérer que la nature du bien peut être réfractaire à la qualification de louage. Cet alibi fut utilisé en 1892 pour qualifier de vente l'aliénation des produits de mines et carrières²⁷², car le louage ne peut pas porter sur les choses dont il est impossible d'user sans en consommer la substance²⁷³. On trouve dans le même sens un arrêt de cassation du 14 mars 1939, précisant que le bail se caractérise par le droit de percevoir les fruits, c'est-à-dire les produits qui se renouvellent périodiquement et non ceux qui épuisent le sol. La Cour a logiquement

268 V. Req. 28 jan. 1857 (*DP.*, 1857. 1. 391). V. ég. sur ce point *Rép. v° Enregistrement n° 2876 et Mines n° 75 sq.*

269 Cass. 4 août 1886, *D.*, 1887. 1. 36. Dans le même sens Civ. 31 déc. 1856, *D.P.* 1857. 1. 28).

270 F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, Paris, 1957, p. 44.

271 M. FREJAVILLE, *op. cit.*, p. 95.

272 Req. 9 mai 1892, *S.* 1892. 1. 423, note WAHL ; Lyon, 8 mars 1928, *D.* 1929. 2. 91 note FREJAVILLE. Selon cette jurisprudence on ne peut donc pas louer des produits.

273 AUBRY et RAU, t. V, 6e éd. par ESMEIN, § 364, p. 193.

refusé la qualification de concession du droit d'exploiter des pierres et reconnu à cette convention qui a pour résultat l'aliénation des pierres le caractère de vente²⁷⁴.

Dans l'autre sens il faut noter aussi que les produits d'une mine peuvent être assimilés à des fruits. Pourtant on sait que le fruit revient périodiquement et qu'il ne diminue pas la substance du capital. Par produit il faut entendre ce qui n'est retiré du capital qu'à intervalles réguliers et, en tous cas, au prix d'une diminution de sa substance. Par exemple, des pierres extraites épisodiquement d'une carrière non exploitée ; des arbres abattus isolément. C'est une donnée physique : une fois séparés ces biens ne se reproduiront pas. Le droit cependant, a-t-on prétendu, peut repêtrer la nature. Il est à noter entre parenthèses que cet argument est réfuté, dès lors qu'il participe de la non-civilité. Ainsi le droit considèrera une carrière régulièrement exploitée comme donnant des fruits, non des produits, la périodicité de la production masquant l'épuisement progressif de la substance. De là aussi, le rôle qu'il accorde à la volonté humaine dans la distinction : si le propriétaire d'une forêt l'a aménagée, en coupes réglées, les arbres abattus ne seront plus des produits, mais des fruits²⁷⁵. C'est bien le sens des décisions citées plus haut²⁷⁶.

Cette question de la qualification de fruits et produits est donc directement liée à celle de la qualification de louage et/ou de vente relativement à un contrat octroyant la cession du droit d'exploiter d'une mine. La position de Dalloz est résolument classique, lors de sa critique d'un arrêt rendu le 28 janvier 1857 par la Cour suprême²⁷⁷. Ainsi est-il prêt à qualifier les produits de fruits pour soutenir son point de vue²⁷⁸.

274 Req. 14 mars 1939, *DH.* 1939-244. Idem le 27 janvier 1947 (Civ. 27 jan. 1947, Société des carrières de l'Arboussas, *JCP* 1947. 2. 3627, note F. Becqué, *D.* 1947. 197). V. enc. Req. 14 mars 1939, *DH.* 1939.244.

275 J. CARBONNIER, *Droit civil - Les biens*, op. cit., t. 3, p. 108.

276 Cf. supra note n° 274.

277 *DP.* 1857. 1. 391.

278 Ibid. : « [...] une mine est-elle susceptible de louage ? La question n'est autre que celle de savoir si une mine produit des fruits, et comporte ainsi une jouissance dont la transmission puisse être opérée à titre de bail. Or, il est certain que les mines peuvent être l'objet d'une constitution d'usufruit. S'il est permis de les grever d'usufruit, pourquoi ne serait-il pas permis d'en passer bail ? On objecte que les produits d'une mine ne sont pas des fruits proprement dits, parce qu'ils ne se reproduisent pas, et que leur extraction, quelle qu'en soit la durée, doit amener fatalement l'épuisement de la mine. Mais cette réalité géologique ne saurait prévaloir sur ce fait pratique, bien autrement puissant, que durant le temps où la mine est exploitée, elle rapporte une jouissance annuelle, qui est de nature à se renouveler plusieurs générations. Dès qu'en fait, il y a jouissance annuelle, il y a possibilité d'un bail, comme il y a faculté incontestable d'établissement d'un usufruit. D'ailleurs comment voir une vente dans l'acte d'établissement d'un usufruit ? Le bailleur [...] ne s'est point engagé à livrer et n'a point livré une quantité quelconque de matière mobilière, puisqu'il n'en existait pas dans ses mains au moment du contrat, et que les produits mobiliers ne devaient exister que postérieurement, dans les mains du preneur,

La Chambre des requêtes a pu qualifier de contrat de louage le droit d'exploiter une mine²⁷⁹. Mais il en serait autrement si le contrat de louage avait une durée illimitée ou, du moins, très longue, comme, par exemple, si le bail devait se prolonger jusqu'à épuisement du gisement : on serait alors en présence d'une véritable vente d'objets mobiliers²⁸⁰, et les baux à long terme pourraient être annulés comme constituant des ventes partielles. Certes, en passant un bail long, les parties n'ont pas forcément eu conscience de servir la commercialité, mais il n'en demeure pas moins qu'objectivement la dénaturation du louage en vente, la perte de la qualité de fruits que cela entraîne, sert notre cause.

La critique de cette position fut forte, et pour cause, puisqu'elle devait l'emporter. Stigmatisant l'immobilisation des fruits de l'immeuble par la transcription de ladite saisie (pour être joints audit immeuble)²⁸¹, Jossierand vitupère en que ce n'est pas la volonté privée, mais le législateur lui-même qui use de sa toute puissance pour faire violence à la réalité en imprimant à un bien un aspect différent de celui qu'il présente véritablement²⁸².

La position d'un Malaurie désabusé (pléonasme) est le reflet inverse de celle de Dalloz. Conférer à un tiers le droit d'exploiter une carrière (sables ou pierres) ou une mine constitue certainement une vente, non un bail, parce que le droit du concessionnaire épuise progressivement la chose. Est-ce une vente mobilière ou immobilière ? La question est moins claire ; elle donne lieu à une jurisprudence constante que la doctrine, en général, « continue à critiquer avec une ténacité qui se transforme en lassitude »²⁸³. Les arrêts distinguent entre les parties et les tiers ; les

par l'effet de sa propre industrie. La condition essentielle, constituer une vente mobilière, c'est-à-dire un objet mobilier, manquait donc complètement »

279 Req. 20 déc. 1837 (sol. impl.), R. 77 ; Paris, 24 juin 1885, *DP.* 1887. 1.79.

280 L.H. BIOT, *De la propriété des mines et de ses rapports avec la propriété superficielle*, Maresc, 1875, p. 91 ; BRECHINIAC ET MICHEL, *Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines*, Saint-Etienne, Théolier & C^{ie}, 1887, n° 66 ; BURY, *Traité de la législation des mines, des minières, des usines et des carrières en France et en Belgique ou Commentaire théorique et pratique de la Loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent*, Marescq, Paris, 2^e éd., 1877, t. 2, n° 1415 ; GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, n° 14 ; NAUDIER, *Traité théorique et pratique de la législation et de la jurisprudence des mines, des minières et des carrières*, Larose, Paris, 1877 p. 93 ; TROPLONG, *Du louage*, t. 1, n° 93) .

281 Cpr. Art. 682 et 748. Il s'agit là d'une immobilisation toute spéciale et relative qui se résume dans un phénomène d'accession juridique ; il n'en est pas moins vrai que l'immeuble saisi exerce un pouvoir d'attraction sur ses propres revenus qui continuent à faire bloc avec lui en dépit de la séparation effectuée (cf. JOSSERAND, op. cit., p. 376 n° 29).

282 JOSSERAND, op. cit., p. 376-377, n° 29.

283 MALAURIE/AYNES, *Les biens*, 2^e éd°, Paris, 2005, p. 37.

auteurs ont du mal à admettre qu'un acte puisse avoir une double nature, d'être une sorte de chauve-souris, tantôt oiseau, tantôt souris. Et pourtant notre ancien droit le concevait parfaitement. Entre les parties la vente est mobilière, notamment au point de vue fiscal, ce qui est appliquer la théorie des meubles par anticipation. A l'égard des tiers, elle est immobilière et ne leur est donc opposable que si est accomplie la publicité foncière, ce qui est soumettre ce bien au régime juridique dépendant de sa nature actuelle, sans considérer l'anticipation. Ainsi, comme pour les arbres à abattre, la carrière concédée n'est pas, envers les tiers, un meuble par anticipation, alors qu'elle l'est entre les parties²⁸⁴.

5 - Les conséquences de la qualification

Si la vente consentie dans les conditions indiquées vient à susciter un litige, le tribunal compétent pour en connaître sera, non pas celui de la situation de la chose vendue, mais bien celui du domicile du défendeur, conformément à la règle *actor sequitur forum rei* puisque l'action a un caractère mobilier comme l'objet même du différend et comme l'opération intervenue à son occasion²⁸⁵. Ensuite dans les ventes mobilières et d'après l'art. 1657 C. civ. si l'acheteur ne retire pas la chose dans le délai convenu, la résolution fonctionne au profit du vendeur, de plein droit et sans sommation : cette disposition doit être considérée comme applicable à une vente de biens mobilisés par anticipation.

Ensuite la compétence des officiers publics, tels les notaires est concurrencée par celle des commissaires priseurs, des greffiers de justice de paix et huissiers, ceci parce que la vente est mobilière. L'acheteur de biens mobilisés par anticipation n'acquiert aucun droit réel immobilier et ne saurait donc prétendre à une action possessoire. Il ne peut réclamer une action annale pour exercer la contrainte et il en réduit vis-à-vis du vendeur à une action personnelle²⁸⁶. Enfin, il n'est pas jusqu'au fisc lui-même [...] qui ne se montre respectueux de la mobilisation contractuelle et anticipée des immeubles destinés à être détachés du sol : il se contente de percevoir, sur les ventes intervenues en vue de ce détachement, le droit de mutation applicable en matière mobilière, sensiblement inférieur à celui qui frappe les ventes d'immeubles. Pour Josserand la volonté des parties est plus forte que la nature intrinsèque des choses²⁸⁷.

284 Ibid.

285 Req. 10 déc. 1924 (*Gaz. Pal.*, 23 jan. 1925).

286 Dijon, 28 mars 1876 (*DP*.1878. 2. 261).

287 JOSSERAND, op. cit., p. 381.

Si par exemple, continue-t-il, la vente de minerais est considérée comme mobilière c'est [il cite une jurisprudence] : « à raison de la nature de l'objet du contrat considéré au jour de la réalisation du contrat et *au point de vue l'intention des parties contractantes* »²⁸⁸ et il est entendu que « [...] le caractère mobilier ou immobilier des biens se détermine avant tout par *le point de vue auquel les ont considérés les parties contractantes, et par la destination qu'elles leur ont attribuée* [...] ».²⁸⁹

La nature mobilière des biens écarte l'application des règles de la vente immobilière, notamment celles relatives à la délivrance et à la contenance²⁹⁰ et justifie l'application des règles de la vente mobilière, comme l'art. 1657 C. civ.²⁹¹ et des principes de la faillite applicables à la vente de marchandises²⁹². Les meubles par anticipation sont soumis aux arts 2279 et 1141 C. civ.²⁹³ Toutefois la jurisprudence tend à écarter cette disposition quand l'acquéreur est en conflit avec celui du fonds ou les créanciers hypothécaires, auquel cas elle fait fréquemment prévaloir les règles de la publicité foncière (à propos de la vente de produits à extraire)²⁹⁴. Sont exclues les actions possessoires²⁹⁵ ainsi que les règles de compétence juridictionnelle en matière immobilière²⁹⁶ et le régime fiscal est celui des ventes mobilières²⁹⁷. Une décision de la Cour de cassation du 23 avril 1833 a consacré la théorie libérale de la mobilisation par anticipation²⁹⁸.

La concession du droit d'exploiter une mine a pu être considérée comme meuble par la jurisprudence. A partir de l'idée, tirée de celle-ci, que l'on anticipe sur la nature du bien, la doctrine crée la notion de meuble par anticipation vers la moitié du XIX^e siècle. Chauveau²⁹⁹ fait un premier essai de systématisation en soutenant que les

288 Req. 24 mai 1909 (*DP.*, 1910.1. 489, note De Loynes ; *S.* 1911. 1. 9 note Naquet).

289 Req. 14 fév. 1899. Cette formule se trouve déjà dans une décision de la chambre civile du 25 jan. 1886 (*DP* 1886.5.39).

290 Req. 25 fév. 1812, *S.*, 1812-1814. 1. 34 ; 24 mai 1815, *S.*, 1815-1818. 1. 57.

291 Civ. 3 avr. 1922, *D.*, 1924. 1. 12 ; Req. 12 juil. 1922, *DP.* 1923. 1. 61. Com., 9 mars 1949, *RTDC*, 1949. 536, obs. Carbonnier.

292 Com. 21 déc. 1971, *Bull.*, n° 308.

293 Req. 21 juin 1820, *S.* 1821. 1. 109 ; Civ., 4 août 1852, *D.* 1852. 1. 279.

294 Req. 15 déc. 1857, *DS*, 1859.1. 366. ; 24 mai 1909, *D.*, 1910. 1. 489, note de Loymes ; Civ. 24 fév. 1931, *DH*, 1931. 233 ; 28 nov. 1949, *D.*, 1950. 38 ; *RTDC*, 1950. 203, obs. Solus.

295 Req. 14 fév. 1899, *D.*, 1899. 1. 246.

296 Req. 10 déc. 1924, *GP.*, 23 jan. 1925.

297 Montpellier, 29 juin 1927, *DH.*, 1927. 472.

298 Civ. 23 avr. 1833, *S.* 1833. 1. 632 ; 26 juil. 1921, *DP.* 1925. 1. 78. cités in TERRE, *L'influence...*, op. cit., p.42.

299 *Revue critique*, 1893. p. 573.

meubles par anticipation ne sont pas une fiction mais une qualification de choses *in futurum*. C'est à Fréjaville qu'il appartient d'édifier une véritable théorie générale. L'institution n'est pas pour lui, il faut le souligner, un assemblage hétéroclite d'exceptions, de vestiges de l'ancien droit, mais une application des principes généraux de la distinction des biens. La distinction des meubles et des immeubles n'étant pas d'ordre public, elle ne s'impose pas aux parties à un contrat. Si elle apparaît moins malléable à l'égard des tiers, c'est pour des raisons d'apparence. La portée de la mobilisation par anticipation à l'égard des tiers, peu nette en jurisprudence, est sans doute le problème le plus délicat. *A priori* l'idée d'une relativité de la nature des biens est plutôt hétérodoxe et difficilement acceptable³⁰⁰. On peut toutefois admettre, que l'art. 2279 C. civ. ne peut s'appliquer, faute d'entrée en possession, tant que le meuble par anticipation n'est pas détaché, c'est-à-dire tant qu'il n'est pas meuble tout court, sauf à admettre dans certains cas une possession symbolique avant le détachement³⁰¹. Il serait intéressant de se pencher sur le concept de virtualité aujourd'hui invoqué par M.A. Frison-Roche³⁰².

Il faut noter à titre comparatif que « celui exploite directement une carrière dont il est propriétaire, ne fait pas un acte de commerce en vendant les produits extraits, car il ne spéculé pas par entremise »³⁰³. Mais qu'en est-il de même du cessionnaire d'un droit d'extraction qui, retirant les matières minérales du fonds d'autrui, les revend à des tiers ? La question reste controversée³⁰⁴. « Dans une doctrine qui nous avons critiquée, mais qui a de nombreux partisans, la cession d'un droit d'extraction doit être qualifiée de bail et n'a par suite rien de commercial. Le fermier ou la société locataire, ne font, dans cette conception, aucun acte de commerce en revendant les produits extraits en vertu de leur droit de jouissance. Mais si nous admettons, avec la jurisprudence, qu'une telle cession constitue une vente mobilière, elle doit être considérée, au regard du

300 PLANIOLE et RIPERT, n°105.

301 F. ZENATI, T. REVET, op. cit., p. 86.

302 FRISON-ROCHE, *Arch.* 99, p. 143.

303 Cass. 28 fév. 1888, S. 1888. I. 319.

304 Attention il s'agit là d'une carrière et non pas d'une mine. Il faut les distinguer entre carrières d'une part et mines et minières d'autre part (*Rép. v° acte de com.* n° 291). A la différence des mines et minières, les carrières ne peuvent jamais être exploitées que du consentement du propriétaire. Donc pas de système identique à la double propriété des mines de 1810.

bénéficiaire, comme un acte de commerce. La société cessionnaire est commerciale et les ventes de matières extraites qu'elle consent à des tiers sont commerciales »³⁰⁵.

Le concessionnaire d'une mine n'est pas un intermédiaire, ce n'est pas un commerçant. Toutefois un arrêt de la cour de Montpellier du 28 août 1833³⁰⁶ dit que l'exploitation d'une mine sur un terrain dont on n'est pas propriétaire, lorsqu'elle a eu lieu sans concession préalable du gouvernement, constitue une entreprise commerciale. En ce cas, en effet, il y a louage ou achat pour revendre, par conséquent acte de commerce. L'art. 32 de la loi de 1810 ne s'oppose pas à cette solution puisqu'il ne s'applique que quand un acte de concession a fait de la mine une propriété particulière et distincte. Il y a une première faille dans le dogme civiliste, même si l'argumentation est peu substantielle, car elle méprise le caractère général de l'art. 32, lequel suppose la civilité de l'exploitation abstraction faite de la personne de l'exploitant. Mais contra Paris 22 fév. 1848³⁰⁷. Il faut noter que « l'exploitation d'une mine *sans concession*, et en vertu de la seule autorisation du propriétaire du sol, a été déclarée acte de commerce, par l'arrêt de la cour de Montpellier ; et, sur le pourvoi formé contre cet arrêt, la cour suprême a décidé que, « [...] sans qu'il soit besoin d'examiner si, en général, l'exploitation des mines, minière, ou autres carrières, lors même qu'elle n'a pas lieu en vertu d'une concession régulière, ne constitue pas un fait de commerce, il suffit qu'il soit constaté en fait, par l'arrêt attaqué, qu'un individu extrayait des matières minérales sur un terrain dont il n'est pas le propriétaire, et les convertissait en des objets qu'il revendait, pour qu'il y ait lieu de réputer cet individu commerçant, aux termes de l'art. 632 C. com. »³⁰⁸

La théorie des meubles par anticipation est ainsi faite en partie de jurisprudence. Les solutions ne sont pas forcément les mêmes d'une variété de meubles à l'autre. La mobilisation est plus facilement admise pour les récoltes qui sont des fruits ; un peu moins pour les coupes de bois, qui peuvent être des produits et représentent, en tous cas, une valeur considérable par rapport au fond ; encore moins pour les matériaux à extraire des carrières ou des immeubles à démolir, non encore démolis, ces matériaux constituant de véritables fragments d'immeubles. La vente des produits de carrière est

305 Req., 15 déc. 1835, *S.* 1836. 1. 333 ; Caen, 26 jan. 1836, *Rép.* V° Société, n° 236 ; Caen, 17 déc. 1847, *D.* 1848. 5. 4 ; Req. 12 déc. 1887, *S.* 1888, 1. 319. Req., 30 juil. 1901, *S.* 1902. 1. 84 ; Paris, 3 mars 1923, *D.* 1924. 2. 144.

306 *D.*, 1834. 2. 56. *S.* 1834, 2. 557.

307 *D.* 1854. 5. 11 : « [...] que la loi n'admet aucune distinction entre le cas où la mine appartient à celui qui l'exploite et le cas où il n'en est que le locataire ».

308 Req. 15 déc. 1833, *Rép.* v° Acte de com. n° 287.

regardée comme mobilière dans les rapports entre les parties³⁰⁹, comme immobilière à l'égard des tiers (la cession du droit d'extraction doit être publiée pour être opposable à l'acquéreur du fonds)³¹⁰, ce qui peut sans doute s'expliquer par la très grande valeur du droit d'extraction³¹¹. Cette référence à la valeur n'est pas sans rappeler celle qui présidait à la distinction romaine *res Mancipi/nec Mancipi*. Cette distinction que l'on pensait inaltérable avait pourtant bien fini à ne plus correspondre à la réalité des choses. Est-ce la destinée de notre partition entre meubles et immeubles et à terme de notre conception des choses et du droit ?

B. – MANCIPI/NEC MANCIPI, MEUBLES/IMMEUBLES, ET APRES... ?

Liée à la question de l'immobilité et à celle la civilité, sans en être synonyme, se pose donc la question de la nature de l'acte et de l'impact de la volonté des parties sur celle-ci. Avant 1893 Vavasseur³¹² rappelait qu'étaient commerciales toutes les sociétés ayant pour objet les actes réputés commerciaux par les art.s 632 et 633 C. com. Il continuait plus loin en excluant tout rôle de la volonté quant à la qualification de ces actes :

« Toutes les autres sociétés sont purement civiles³¹³, quelle que soit leur qualification ; et elles restent telles malgré toute manifestation de volonté contraire de la part des parties ; car il ne suffit pas de se déclarer commerçant pour l'être ; est commerçant celui celui-là seulement qui exerce des actes de commerce ou fait du commerce sa profession habituelle (C. com. art. 1)³¹⁴[...] On a essayé cependant une distinction : lorsque la société a-t-on dit, a un objet essentiellement immobilier, comme celle formée pour l'achat et la revente des immeubles, elle est et ne peut être que civile »³¹⁵.

309 Civ. 27 jan. 1947, *JCP*. 1947, 21, 3627 ; Civ. 30 mai 1969, *D.*, 1969, 561 ; Civ. 25 oct. 1983, *Bull.*, n° 197.

310 Civ. 24 fév. 1931, *D.H.*, 31, 233.

311 CARBONNIER, *Droit civil - Les biens*, top. Cit., t. 3, p.106.

312 VAVASSEUR, op. cit., p. 4.

313 DUVERGIER, op. cit., n° 485 ; DELANGLE, op. cit., n° 26 sq. BEDARRIDE, op. cit., n° 86 sq. TROPLONG, op. cit., n° 347 ; Paris, 2 août 1828 ; Cass. 20 avril 1842, 6 février 1849.

314 *Contra*, TROPLONG, op. cit., n° 334 ; comp. DALLOZ, *Rép. v. Société*, n° 238 sq. Pour Troplong voir le lien avec la note n° 108 supra.

315 DELANGLE, op. cit., n° 36 ; BEDARRIDE, op. cit., n° 90 sq. DALLOZ, *Rép. v. Société*, n° 239. V. Paris, 15 février 1868 ; - *Contra* TROPLONG, op. cit., n° 320 ; E. OLLIVIER, *Rev. Prat.*, I, p. 241 ; Cass., 28 brum. An 13 ; Paris, 8 déc.1830.

Certains, poursuivait-il, ont soutenu « qu'une société qui, pour vendre les produits de son fonds, aurait recours à des agissements commerciaux destinés à lui ouvrir de plus vastes débouchés, pourrait, à son gré, rester civile (C. com. art. 638), ou se déclarer commerciale ; car les produits du fonds social sont des denrées ou marchandises qui ne répugnent nullement, comme des immeubles, à l'idée de commercialité³¹⁶. Pour nous, cette distinction ne saurait être admise ; car c'est la nature seule de l'acte qui fixe son caractère civil ou commercial ; peu importe la manière dont il se produit ; d'ailleurs il serait souvent bien difficile de reconnaître le signe distinctif des agissements commerciaux ; la volonté des parties doit être impuissante à changer la nature des choses »³¹⁷.

a) *Les solutions classiques insuffisantes tenant au jeu de l'accessoire.*

Il est vrai par ailleurs que l'accessoire commercial pouvait également emporter le principal civil. Ainsi une société formée pour l'exploitation d'une mine doit être considérée comme commerciale quand, à l'exploitation de la mine, venait se joindre une industrie ayant pour but de convertir en produits fabriqués et industriels les produits naturels de la mine, par la combinaison de ces derniers avec la matière que la mine ne fournissait pas et qu'il était nécessaire d'acheter ; alors d'ailleurs que cette société s'était constituée et avait toujours agi comme société commerciale.³¹⁸ La société minière est commerciale lorsqu'elle s'est constituée non seulement pour l'exploitation des produits de sa concession, mais aussi pour l'achat et le traitement des produits d'autres mines et la revente de ces produits après les avoir manipulés³¹⁹. Une société minière dont les statuts indiquent qu'elle doit se livrer à des actes de commerce, se livre, en fait, principalement et non accessoirement à des opérations commerciales et

316 DELANGLE, n° 36. BEDARRIDE, n° 99 ; TROPLONG, n° 320 et 321 ; Dalloz, *Rép. v. Société*, n° 238 et 239 ; comp. MALEPEYRE et JOURDAIN, p. 6 ; Paris, 19 août 1841 ; Dijon, 26 avril 1841 ; Cass. 31 janv. 1865.- *Contra*, Cass., 18 nov. 1824.

317 Cette citation est toujours de VAVASSEUR, op. cit., p. 4-5. Sur l'accessoire d'une activité commerciale qui entraîne la commercialisation d'une minière « Si l'exploitation est faite par les maîtres des forges voisins, conformément à l'art. 60 de la loi de 1810 car alors elle reçoit le caractère d'opération accessoire à l'entreprise de manufacture de ces derniers, et participe dès lors à la nature commerciale de celle-ci » (*Rép. v° Acte de com.* n° 289).

318 Colmar 4 juin 1862 (Latil), *DP*, 1862. 2. 163 : « [...] qu'il est donc vrai de dire que, soit par son acte constitutif, soit surtout par les opérations auxquelles elle se livre, la société Latil est essentiellement une société commerciale et qui devait, comme telle, être traduite devant le tribunal de Wissembourg, jugeant consulairement » (v. enc. Sur cet arrêt *S*, 1862. 2. 249). Ceci manifestement dans le but d'établir la solidarité des associés et d'assurer la sécurité des tiers.

319 Cass., 1er juil. 1878, *JS*, 1888. 177. V. ég. Cass., 26 mars 1885, *S*, 1886. 1. 504 ; Cass. 30 avr. 1828 ; Bordeaux 22 juin 1833 ; Paris 18 août 1840, *S*, 1841. 2. 481 ; Dijon 26 avr. 1841, *S*, 1841. 2. 481 ; Seine, 25 fév. 1896, *S*, 1897. 359.

industrielles³²⁰. Il en va de même de l'exploitation d'une mine et de ses opérations financières et commerciales si, en fait, la société se livre presque exclusivement à ce genre d'opérations³²¹.

On a pu dire que « l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un acte de commerce et n'est point sujette à patente ». Or cela pose un problème, car ce raisonnement lie la perception de la patente à l'acte de commerce. Ni l'exemption ni la perception de la patente n'ont rien à voir avec le caractère commercial ou civil de l'exploitation minière (ou autre d'ailleurs)³²². La loi du 25 avril 1844 (qui étend la patente à toutes les professions), en réglementant le droit de patente, excepte dans son art. 13 : « [...] les laboureurs et cultivateurs seulement pour la vente et la manipulation des récoltes et des fruits [...] ; les concessionnaires de mines pour le seul fait de l'extraction et de la vente des matières par eux extraites [...] »

Certes la patente n'est pas intrinsèquement liée à la commercialité, mais on ne peut nier que l'exemption ne s'étend pas à la transformation, dont le but est essentiellement commercial. C'est un fait indéniable ; il y a bien une faille. Le législateur fiscaliste avait bien plus vite compris son intérêt. La loi du 15 juillet 1880 reproduit ces exceptions, en les restreignant pour des motifs tenant au renforcement des droits du Trésor. L'art. 17 dit que ne sont pas assujettis à la patente « [...] les laboureurs et cultivateurs seulement pour la vente et la manipulation des récoltes et fruits provenant des terrains qui leur appartiennent, ou par eux exploités, et pour le bétail qu'ils y élèvent, qu'ils y entretiennent, ou qu'ils y engraisent ; les concessionnaires de mines pour le seul fait de l'extraction et de la vente des matières par eux extraites, l'exemption ne pouvant en aucun cas, être étendue à la transformation des matières extraites [...] »³²³

Un des problèmes réside effectivement dans l'activité des entreprises à objet mixte dont l'objet est justement complexe, mi-civil, mi-commercial. Les sociétés ne s'en tiennent pas à leur objet primitif et une société minière peut s'adjoindre une usine métallurgique etc. Trois systèmes ont été admis par les auteurs pour résoudre ces questions.

320 Limoges, 31 oct. 1893, *RS*, 1894. 297.

321 Agen, 2 juin 1886, *JS*, 1888. 177. V. ég./ Cass., 26 mars 1885 (*S.*, 1886.1. 504).

322 Et contrairement à une erreur souvent faite et reprise par tel « [...] des Universités » [le pluriel est en ce cas une sorte de particule, *quandam particulam*] *de natura* au-dessus de tout soupçon(s) consistant, de manière erronée, à lier patente et exercice d'acte de commerce (référence sur demande seulement).

323 Art. 17 de la loi du 15 juillet 1880.

Le premier, soutenu par nombre d'auteurs et une notable jurisprudence du fond, estime qu'il faut apprécier l'importance relative de l'exploitation immobilière et de l'entreprise industrielle annexée. Si l'entreprise industrielle n'est qu'annexe, *accessoire* de l'exploitation, la société reste civile. L'exploitation d'une mine reste un acte civil, alors même que serait mélangée à la houille une substance spécialement achetée en vue d'une opération d'agglutination³²⁴. Si les manipulations industrielles excèdent l'exploitation initiale alors la société sera commerciale car considérée comme une manufacture³²⁵.

Il existe un second système auquel la Cour de cassation semble s'être ralliée³²⁶. Sa position tient à ce que la simple transformation de produits naturels du sol n'aurait jamais le caractère commercial, quelle que fût l'« importance de la main d'œuvre ». La commercialité ne pourrait résulter que d'un *acte d'entremise* (achat pour revendre). Sera considérée comme commerciale une société minière qui se livre à une série d'opérations d'achats et de ventes et qui, notamment, achète et vend, après les avoir manipulés, une quantité importante de produits d'autres industries houillères³²⁷. Mais la société conserverait son caractère civil, si les produits achetés au dehors ne représentaient qu'une faible partie de la production industrielle de la société³²⁸. Il en serait de même pour une société minière constituée pour l'exploitation de mines de fer nonobstant la création accessoire, prévue par les statuts, d'établissements industriels pour la transformation, l'achat et la vente de minerais et de tout entreprise de transport nécessaire à la vie de la société³²⁹.

324 Trib. Lyon, 19 mars 1879 *JS*, 1883. 655 ; Lyon, 13 fév. 1878 *D.*, 1879. 2. 99 et 24 juin 1887, *RS*, 1888. 141. Il en irait de même si une société minière fabriquait et vendait des briquettes pour activer l'écoulement de ses produits et utiliser ses menus (Bruxelles, 30 jan. 1879, *Rev. Dr. Com.* 1880. 63). Idem si la société adjoint comme accessoire à l'exploitation la construction d'un chemin de fer à voie étroite destiné à la seule exploitation de la mine (Seine, 1er avr. 1876) et Seine, 12 fév. 1890, *JS*, 1890. 190 ; ou encore si la ligne avait comme autre objet le traitement et la vente des minerais, la construction d'édifices et le transport de ses produits (Paris, 1er avril 1876, *D.* 1879.2. 99 ; Seine 5 oct. 1882, *RS*, 1883. 187 ; Seine, 25 fév. 1896, *JS*, 1897. 359).

325 Rouen, 1er avr. 1881, *Si.* 1882. 1. 153 ; Paris, 7 août 1894, *DP.* 1895. 2.128 ; Trib. Com. Marseille, 17 déc. 1896, *Journ. Des Soc.*, 1897, p. 238 ; Dijon, 4 juil. 1907, *DP.* 1908. 2. 134. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., t. 1, n° 126 ; HOUPIN, t. 1, n° 75. PIC, *Faillites des sociétés*, p. 16.

326 Cf. *Rép.* éd° de 1925 art. « société » rédigé par PIC.

327 Req. 28 oct. 1885, *Rev. Soc.*, 1886, p. 6 ; Rennes, 12 fév. 1892, *Rev. Soc.*, 1893, p. 515 ; Trib. Civ. Seine, 24 fév. 1893, *Journ. Des Soc.* 1893, p. 451 ; Trib. Civ. de Marseille 13 août 1903, *ibid.*, p. 164).

328 Req. 1er août 1893, *DP.* 1894.1. 126 ; Lyon, 24 juin 1887, *Rev. Soc.*, 1888, p. 141 ; Paris, 19 oct. 1910, *Journ. Des Soc.*, p. 424.

329 Seine, 5 oct. 1882, *JS*, 1883. 187 ; Bruxelles 26 jan. 1882, *JS*, 1883-. 659.

Il existe enfin un troisième système mixte consacré par quelques arrêts de Cours d'appel. Il consiste à établir une distinction essentielle entre la simple utilisation industrielle du minerai ou des produits agricoles, et leur transformation en produits plus ou moins nouveaux présentant tous les caractères de produits manufacturés. S'il y a simplement utilisation la société reste civile ; s'il y a transformation la société prend le caractère d'une entreprise de manufacture et devient commerciale³³⁰.

b) *L'impact de la loi du 1^{er} août 1893.*

La loi de 1893 est loin d'avoir résolu le problème des sociétés civiles à forme commerciale, même si elle a facilité leur transformation en sociétés commerciales. La transformation ne crée pas une société nouvelle, mais la rend commerciale pour l'avenir. Les conséquences de la loi sont subjectivement importantes car le régime de la faillite peut être appliqué en France à des non-commerçants³³¹ (on en revient donc à la solution de l'Ancien Régime)³³², lesquels, n'ayant point fait d'acte de commerce sont cependant soustraits à la justice civile³³³.

L'adoption de l'art. 68, tel que modifié par la loi de 1893³³⁴, avait été loin d'éteindre toutes les discussions autour de la qualification des actes effectués par les sociétés commerciales. Qu'advenait-il de la nature de certains actes faits par ces sociétés ? Etaient-ils dès lors « automatiquement » commerciaux ou devaient-ils garder leur caractère civil ainsi qu'ils l'auraient fait s'ils avaient été exécutés par un individu ou une société d'une autre espèce. La discussion fut vive.

330 Toulouse, 27 fév. 1893, *DP.* 1893.2. 272 (briqueterie) ; Trib. Com. Roubaix, 11 jan. 1893, *Ann. De dr. Com.* 1893. 1. 43 (horticulture) ; Limoge, 31 oct 1893, *DP.* 1895. 2. 556 (mines et métallurgie) ; Bordeaux, 21 déc. 1899, *DP.* 1901. 2.187. NOUGUIER, *Actes de commerce*, t. 1, n° 222 ; THALLER et PIC, t. 1, n° 138.

331 V. LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, n° 2561, note 2.

332 Qui plus est le Code civil n'a nulle part défini la déconfiture laquelle est seulement mentionnée au sein des art.s 1146, 1613, 1865, 2003 et l'on est obligé de se référer à l'art. 180 de la coutume de Paris. Parmi les effets de la déconfiture on doit admettre qu'est ouverte la procédure de distribution par contribution qui a lieu *quand les sommes arrêtées ou le prix des ventes ne suffisent pas à payer les créanciers* (art. 566 C. proc. Civ.) Comp. Cout de Paris art. 180 *in fine*.

333 Pour plus de détails voir LYON-CAEN, *Traité*, t. II, n° 1077 à 1090. Sur la tendance de la jurisprudence v. Cass., 16 nov. 1910, *D.* 1911. 1.321. et la note de PERCEROU.

334 Art. 68 de la loi de 1867 tel que modifié par la loi du 1^{er} août 1893 : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes, qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». Cette disposition ne s'applique cependant pas aux SNC ni aux sociétés en commandite par intérêts (distinctes SCS cf. Ch. LYON-CAEN, L., op. cit., p. 334 et p. 336. Pour ces Cass., civ., 3 jan. 1912, *S.* et *J. Pal.* 1912. 1. 129 (note Ch. LYON-CAEN).

Une certaine partie de la doctrine³³⁵, parfois plus nuancée³³⁶, soutient que les actes des sociétés par actions sont des actes de commerce, alors que faits par un individu ou par des sociétés d'une autre espèce, ils seraient restés civils³³⁷. Les actes des sociétés par actions (SA ou SCA) sont commerciaux, car il faut bien que les actes d'une société par actions soient considérés comme commerciaux pour que leur réitération rende la société elle-même commerciale³³⁸.

L'opinion contraire estime classiquement que la nature civile ou commerciale de ses actes doit être déterminée conformément aux règles ordinaires contenues dans les art.s 632 sq. C. com. et non pas en partant de la forme de la société, même si la loi précise qu'il y a commercialité par la forme. Ainsi à propos des conséquences de l'art. 68 de la loi de 1867 (réformé 1893). « L'article en discussion ne parle nullement des opérations de ces sociétés qui doivent, par suite, rester sous l'empire du droit commun. Cela est d'accord avec le but que s'est proposé le législateur : il a voulu surtout rendre applicables à toutes les sociétés par actions la faillite et la liquidation judiciaire [cf. Panama], qui ne s'appliquent pas aux sociétés civiles. Il n'a jamais été question de changer le caractère légal de leurs opérations en déclarant commerciaux des actes faits par des sociétés par actions, qui ont légalement le caractère d'actes civils

335 LACOUR, note dans Dalloz, 1895.2.195 ; WAHL, *S. et J. Pal.*, 1896. 2. 57 ; WAHL, *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, n° 1.000.

336 Dans un sens analogue à la note précédente, mais avec une nuance selon LYON-CAEN, THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9^{édit}°, n° 760. Nos savant collègues, tout en admettant, en principe, la commercialité de tous les actes d'une société par actions, reconnaissent la possibilité d'une solution contraire pour les actes des sociétés par actions ayant des immeubles pour objet. Il nous semble y avoir, entre les deux solutions qui forment cette doctrine intermédiaire, une véritable contradiction. Cpr. Cass. req., 17 juin 1907, *S. et J. Pal.* 1909.1. 374 ; *D.* 1909.1. 113 ; *Annales de Droit commercial*, 1908, p. 497.

337 Voir la position nuancée de BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, p. 181-182 : « [...] les effets qui ne peuvent s'attacher qu'à un acte de commerce n'existeront pas quand la société ne sera pas commerciale par son objet ; mais si elle a été revêtue d'une forme commerciale, cette forme emportera les effets qui sont susceptibles de s'y attacher, alors même qu'il s'agirait d'un acte civil en soi. Nous ferons ainsi la part de la forme et du fond, sans sacrifier l'un à l'autre. C'est ce que la loi elle-même a fait, lorsqu'il s'est agi de billets à ordre souscrits pour une cause civile : les souscripteurs peuvent être assignés devant le tribunal de commerce et condamnés solidairement, mais non pas corps, et ils peuvent demander leur renvoi devant la juridiction civile. Les art. 636 et 637, que je viens d'analyser, confirment donc la distinction que j'ai indiquée.

338 C'est l'opinion de LACOUR (*Rép.*, 1895. 2. 195), de WAHL (*S. et J. Pal.*, 1896. 2. 57 ou encore au sein de son *Précis théorique et pratique de Droit commercial*). C'est encore l'opinion plus nuancée de THALLER et PERCEROU dans leur *Traité*, op. cit., n° 760. Ces derniers en effet admettent la commercialité des actes d'une société par actions, mais reconnaissent que ceux-ci restent civils s'ils ont des immeubles pour objet. Pour Lyon-Caen et Renault il semble y avoir là une véritable contradiction. Cpr. Cass. Req., 17 juin 1907, *S. et J. Pal.*, 1909. 1. 374 ; *Pand. Fr.* 1909. 1. 374 ; *D.* 1909. 1. 113 ; *Annales de Droit commercial*, 1908, p. 497.

quand ils sont faits par des individus ou par des SNC, soit en commandite par intérêts ».³³⁹

La solution n'était pas encore claire nonobstant l'indiscutable progression des intérêts de la commercialité. Quelles étaient donc les vraies raisons excluant les immeubles de la vie commerciale ? N'étaient-elles pas juridiques mais sociologiques ?³⁴⁰ Dans la tradition française, l'immeuble représente l'objet de placement le plus sûr, celui vers lequel « la loi, surtout avant des réformes récentes, poussait ceux qui gèrent des patrimoines appartenant aux incapables »³⁴¹. Mais ne fallait-il pas décider alors que dans le cas où l'immeuble cesse d'être un objet de placement pour devenir celui d'une activité de revente, il tombe sous le coup du droit commercial ? La jurisprudence antérieure à la réforme de 1967 s'est toujours refusée à franchir le pas [...] la doctrine était plus nuancée³⁴².

On a vu que la jurisprudence avait abondé la définition de l'objet civil ou commercial des sociétés au XIX^e siècle en utilisant le critère de l'accessoire et du principal. Ces difficultés devaient-elles cesser avec la loi de 1919 ?

c) *Le vote de la loi du 9 septembre 1919 et ses conséquences.*

Enfin, l'art. 5 de la loi du 9 septembre 1919³⁴³ a un effet rétroactif. Il qualifie expressément d'acte de commerce les exploitations minières. Toute société ayant pour objet une exploitation minière est une société de commerce. Les sociétés minières sont désormais commerciales par la nature de leurs opérations principales, si l'on s'en tient à la conception traditionnelle de l'objet. Indiscutablement la preuve était faite de l'influence du droit commercial sur le droit civil puisque, en outre, la personnalité morale, à l'exception notable des sociétés en participation³⁴⁴, venait désormais caractériser les sociétés civiles, que ce soit à travers la doctrine de Thaller et Planiol,

339 LYON-CAEN, L. RENAULT, *Manuel...*, op. cit., p. 57-58.

340 F-X. VICENSINI, *La commercialité recherche sur l'identification d'une activité*, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 212.

341 JAUFFRET, HAMEL, LAGARDE, op. cit., t. 1, n° 154-3.

342 FROSSARD, « L'immeuble et le droit commercial », *RTD Com.*, 1966, p. 549.

343 *DP*. 1920. 4. 45.

344 Comme la société en participation ne possède pas la personnalité morale elle ne peut donc être mise en faillite ou bénéficier de la mise en liquidation judiciaire. C'est le gérant de cette société qui pourra toutefois être déclaré en faillite car considéré comme personnellement commerçant (Paris, 13 mars 1912, *D.* 1913, 2, 71 ; Nîmes, 5 mars 1917, *D.* 1918. 2. 53. Il est quand même étrange que la cour de cassation reconnaisse la théorie de la réalité des personnes morales et n'utilise pas les mêmes critères pour l'attribuer aux sociétés en participation (cf. arrêt St Chamond, 28 janvier 1954, *D.*, 1954, p. 217-220, note LEVASSEUR ; *JCP*, 1954, II, 7978, concl^o LEMOINE).

mais grâce à la jurisprudence de la fin du XIX^e siècle³⁴⁵. Leur reconnaître la personnalité juridique imposait l'exigence d'une publicité adéquate, à l'instar des sociétés commerciales³⁴⁶. La loi de finances du 13 juillet 1925 viendra imposer un régime spécial de publicité aux sociétés civiles. Cette mesure conjuguée à l'acquisition de la personnalité morale contribua à lisser sensiblement la différence séparant encore les deux types de sociétés³⁴⁷.

Le droit fiscal trouvait aussi son compte dans l'art. 5 de la loi du 9 septembre 1919. En effet l'Etat participera, en vertu de la loi, aux bénéfices réalisés dans l'exploitation des mines. Ainsi assujettissant les sociétés civiles aux prescriptions édictées par les lois commerciales on en facilitait cependant le contrôle fiscal³⁴⁸.

Il y a un problème qui se posera à propos des conséquences liées à l'art. 5 de la loi de 1919 et ce jusqu'au vote de la loi du 15 juillet 1920. Les sociétés minières constituées antérieurement sur le type de société civile seront réputées commerciale bien que leurs statuts n'aient pas été modifiés, ce qui soulevait en particulier de sérieuses difficultés en ce qui concerne notamment la limitation de la responsabilité des associés à l'égard des tiers, la publicité etc.³⁴⁹

De la combinaison entre le Code de commerce, de la loi de 1867 et de la loi de 1893, il résulte que dorénavant le criterium objectif ne subsiste plus que pour les catégories suivantes (mines exclues) :

- les sociétés civiles n'affectant aucune forme commerciale.
- les sociétés civiles constituées sous une forme commerciale autre que la forme par actions.
- les sociétés à objet civil constituées sous forme de sociétés par actions mais avant la promulgation de la loi de 1893, à moins qu'elles n'aient fait usage de la faculté de conversion inscrite dans l'art. 7 *in fine* de la loi de 1893.
- les sociétés à objet civil, constituées de puis cette date sous la forme de sociétés par actions, mais sans l'observation des formalités prescrites par la loi de 1867, à

345 Arrêt *Banque des Alpes-Maritimes c. duc de Rivoli*, Req., 23 février 1891. *D. P.*, 91.1.337, et *S.* 92.1.73 note MEYNIAL.

346 Titre IV, loi 24 juillet 1867.

347 J. et E. ESCARRA, J. RAULT *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, Sirey, Paris, 1950, p. 34-35.

348 On peut penser ici à la tenue de la comptabilité (v. L. DEMONT, op. cit., p. 925).

349 En outre la loi ne dit rien des carrières qui restent civiles.

supposer que ce type de société, consacré par une pratique antérieure constante, n'ait pas été virtuellement condamné par le nouvel art. 68³⁵⁰.

La rédaction de l'art. 5 de la loi de 1919 a été une marche très conséquente franchie en direction du caractère immobilier de l'achat d'immeubles ou la revente et ce dans un but unique de spéculation. En ce sens la loi fiscale de 1925 impose les gains réalisés par les « marchands de biens » au titre des bénéfices industriels et commerciaux (CGI, art. 35) mais pas de façon directe et générale. Il devait le faire par la loi du 13 juillet 1967 qui, en faisant entrer pour la première fois l'immeuble dans le périmètre du droit commercial, marquait une réforme importante en la matière.

La commercialisation légale de l'objet des sociétés minières entraîne celle des sociétés elles-mêmes. Coup de pouce providentiel du législateur. Mais attention le législateur a permis aux sociétés constituées avant 1919 de conserver leur forme civile si elles le désiraient. Mais même dans ce cas les sociétés minières seront contraintes publier leurs statuts (puisque la loi a eu, entre autres effets, de créer des sociétés commerciales à forme civile)³⁵¹, de s'immatriculer au Registre du Commerce prévu par la loi du 18 mars 1919. Elles doivent tenir des livres et faire un bilan annuel. Leurs contrats sont soumis aux modes de preuve commerciaux, la prescription de l'art. 64 C. com. leur est applicable. Elles relèvent des tribunaux de commerce pour tous les engagements conclus depuis la loi de 1919 d'où l'applicabilité des règles de la faillite et de la liquidation judiciaire³⁵².

Si on admet qu'une société fait des actes civils alors les conséquences sont que :

- la compétence pour les litiges ne relève pas des tribunaux de commerce. En conséquence, c'est devant le tribunal civil seul que doit être portée l'action tendant à l'exécution de ce contrat et à des dommages-intérêts pour retard, alors même que le vendeur serait une SA postérieure à la loi de 1893³⁵³, le caractère commercial de ces sociétés ne rendant pas commerciaux les actes civils par leur nature commis par elles³⁵⁴.

350 Il existe cependant une controverse sur ce point, v. *Répertoire pratique*, édit° de 1925, v° société, n° 301, p. 53.

351 Voir D.L. DEMONT, op. cit, p. 99-101.

352 WAHL, *Journal des sociétés*, 1919, p ; 267-268.

353 La loi n'est pas rétroactive.

354 Trib. Com. Lyon 29 janvier 1925 : Dlle Brice-Monnet c. Soc. Lyonnaise des Immeubles en copropriété. — M. Marchal. Prés.- Mes Clerc et Vernay, av. (*Rev. Soc.*, 1926.99).

- tous les moyens de preuve ne sont pas admis pour les opérations de la société qui ont le caractère civil³⁵⁵.

Mais qu'en est-il d'une société dont l'objet est civil, mais dont les opérations de viennent progressivement de plus en plus commerciales au point d'en arriver à constituer une société commerciale de fait, donc irrégulière, et dont tous les intéressés seraient fondés à demander la nullité et la liquidation et à la faire déclarer en faillite ?³⁵⁶

Le fait que les sociétés civiles minières prennent des formes commerciales sans se soumettre aux lois commerciales n'avait jamais gêné grand monde³⁵⁷. Pourtant la sécurité était en jeu³⁵⁸. La libération des sociétés par actions en 1867 lui fit considérer, à l'instar de la doctrine dominante, que c'était l'objet de l'activité de la société qui emportait sa qualification, et non pas sa forme, entérinant l'opinion de Troplong dans son éphémère victoire sur les conceptions défendues par Vincens³⁵⁹. Sur la question de l'applicabilité de la loi de 1867 aux SA voir les divergences³⁶⁰. L'opinion de Troplong était partagée par Bravard-Veyrières et Demangeat³⁶¹ mais pas par Bédarride³⁶². La controverse d'ailleurs, autrefois assez vive, n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt

355 Le caractère civil ou commercial d'un acte fait par un commerçant apparaît le plus souvent avec évidence. Parfois il peut y avoir des doutes. C'est pour cela que la loi présume que tous les actes faits par un commerçant se rapportent à son commerce et sont, par conséquent, des actes de commerce. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire. V. enc. Ch. LYON-CAEN, *Manuel de droit commercial*, édit° de 1921, op. cit., p. 336.

356 Albi, 15 juil. 1891 (*JS*, 1892, 447) ; Marseille, 17 déc. 1896 (*JS*, 1897, 238). PONT, n° 120.

357 Au comte Berlier qui faisait remarquer que la forme de commandite serait plus adaptée car l'on saurait contre qui se retourner on objecta que la SA était parfaitement possible puisque le Conseil d'Etat surveillait. La cour de Cassation a admis que la forme anonyme pouvait être adoptée par les sociétés civiles. On se rappellera Req. 27 mars 1866. *D.* 1866. 1. 428. et *S.* 1866. 1. 211.

358 L. DEMONT, op. cit., p. 52 et 53.

359 TROPLONG, op. cit., n° 328 : « Sans doute, l'émission d'actions est presque toujours une spéculation ; mais quand cette spéculation s'adresse à un objet civil, ce serait tout confondre que d'en faire un acte de commerce. Voici quels sont les principes. M. Vincens a perdu de vue [...] Il ne s'agit pas [...] de décider que la société est commerciale par cela seul qu'elle est anonyme, ou que son capital est divisé en actions. Loin de là ! on cesse de s'arrêter à une forme superficielle ; on entre dans le fonds des actes sociaux ; on examine les fonctions de la société, et si son mouvement embrasse diverses opérations dont plusieurs appartiennent au commerce, on la déclare commerciale à cause de son objet et de son but » Donc une société perdra son caractère civil si : « [...] elle sort de son objet et qu'elle se complique d'opérations commerciales qui absorbent le caractère primitif de la société » (ibid., n°330). *Contra* VINCENS, *Des sociétés par actions*, 1837 et *Exposition...*, op. cit., t. 1, p. 353. A l'appui de cette opinion Bordeaux, 22 juin 1833, *S.* 1833, 2, 547 ; Bruxelles, 3 mars 1810, *S.* 7, 2, 1206 ; Req. 30 avril 1828, *S.* 1828, 1, 418. Voir également Paris, 19 août 1841, *S.* 41, 2, 483.

360 in Rapport de M. Féraud Giraud sous l'arrêt Req. 28 jan. 1884 – *D.* 1884. 1. 149.

361 BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, op. cit., p. 180.

362 BEDARRIDE, op. cit., n° 94 sq. : « [...] Quant à la société pour l'exploitation des mines, elle n'est pas par elle-même une société commerciale ; mais elle prend ce caractère lorsque, faisant appel aux capitaux du public, elle se révèle sous la forme d'une SA ou en commandite ».

rétrospectif. La loi du 9 septembre 1919, art. 3, confère désormais le caractère commercial à toute exploitation de mines qu'elle soit le fait du concessionnaire ou d'un tiers tenant ses droits de ce dernier³⁶³. »

La loi du 9 septembre 1919 a donc permis aux sociétés minières de garder leur forme civile pour des raisons tenant aux difficultés auxquelles elles s'exposaient, eu égard à la difficulté de modification de leurs statuts. Ces vieilles dames sont donc parées de nouveaux habits : ce sont des sociétés commerciales à forme civile. Deux lois du 25 septembre 1919 et 31 juillet 1920 sont immédiatement venues aplanir les inconvénients engendrés par la loi du 9 septembre. La première d'entre-elles fut votée pour aider les entreprises sorties de la guerre à retrouver du crédit facilement pour se reconstruire. Pour cela, il fallait leur faciliter l'accès à la forme commerciale, la transformation n'étant cependant pas obligatoire (la mine d'Anzin n'avait pas d'expression de capital)³⁶⁴. La deuxième de ces lois fut motivée par un souci de clarté fiscale, imposant une transparence analogue à celle des sociétés ordinairement commerciales (pour assiette de l'impôt sur les bénéfices de guerre). Un certain nombre sociétés minières se transformèrent en SA³⁶⁵.

On observe une extension partielle du droit commercial aux activités immobilières. Notamment l'achat d'un immeuble bâti en vue de le revendre. Jusqu'en 1967 ce n'est pas un acte de commerce, car l'immeuble n'est pas fait pour circuler. Désormais l'achat d'un immeuble en vue de le revendre est un acte de commerce lorsque la revente a lieu en l'état (art. L 110-1-1 C. com.) ; il s'agit de la modification de l'art. 632 anc C. com. En revanche le promoteur [et non pas l'entrepreneur qui est

363 M. FREJAVILLE, op. cit., p. 283.

364 Le fonds social, sans désignation de valeur, était représenté par 24 sols de France ou parts d'intérêts qui furent divisés par la suite en 288 deniers, eux-mêmes divisés ultérieurement en centièmes.

365 Aniche, société civile constituée le 11 novembre 1773 s'est transformée en SA suivant délibération de l'Assemblée Générale en date du 1er juin 1920. Anzin, société civile constituée le 19 novembre 1757, s'est transformée suivant délibération de l'Assemblée Générale du 19 novembre 1920. Béthune, société civile constituée le 25 septembre 1851, s'est transformée en SA le 24 juillet 1920. Carvin, constituée sous forme civile le 29 juillet 1857, et transformée en SA (civile) par décision de l'Assemblée Générale du 6 juillet 1884, s'est commercialisée suivant délibération du 19 juillet 1920. Dourges a été transformée en SA par une décision de l'Assemblée générale du 19 décembre 1919. Lens, société civile constituée le 12 février 1852, s'est transformée sur décision de l'Assemblée Générale du 9 août 1920. Liévin, société civile constituée le 14 avril 1859, s'est transformée en SA le 1er juillet 1920 (AG du 17 juin). Ostricourt, société civile constituée le 22 novembre 1855, a été transformée par décision de l'Assemblée Générale du 3 août 1920. La loi du 31 juillet 1920 a amené la transformation des sociétés de Marles le 24 janvier 1921, et Vicoigne, Noeux et Drocourt le 28 février 1921. Seule la société de Bruay est restée civile car constituée en 1852, antérieure à 1893 et échappant à l'application de cette loi. La différence séparant cette dernière société des autres s'étant transformées en SA se caractérise par la responsabilité des actionnaires et la situation privilégiée des administrateurs.

commerçant] qui achète un terrain, y fait construire un immeuble et revend le tout ne fait pas un acte de commerce.

La loi du 13 juillet 1967 et son interprétation. La réforme est réalisée par l'adjonction d'un nouvel alinéa à l'art. 632, lequel répute désormais commercial « tout achat de biens immeubles en vue de les revendre ». [...] Sont également concernés les meubles par anticipation, c'est-à-dire les immeubles par nature traités comme des meubles parce destinés à le devenir dans un avenir tout proche (achat pour revendre de récoltes sur pied, de minerai à extraire, d'arbres à abattre). Avant la réforme, le caractère commercial de l'activité n'était reconnu que dans les rapports entre les parties, la volonté de celles-ci étant impuissante à modifier au détriment des tiers les règles objectives de distinction des biens³⁶⁶.

L'agriculture est de moins en moins attachée à la terre (cultures hors sol...). Mais pour ne pas étendre le champ de la commercialité le législateur décide, à l'encontre de la tendance générale de renforcer la civilité. Cautère sur une jambe de bois ? Face à la modernisation de l'agriculture, il se trouve que la loi du 30 décembre 1988 a donné une définition de l'agriculture qui ne fait aucune référence au sol³⁶⁷. Sont donc réputées civiles : l'activité agricole de base d'une part et les activités agricoles de prolongement d'autre part (vinification, emballage de fruits, abattage et préparation de la volaille). Il s'agit pour Yves Guyon d'un combat d'arrière-garde³⁶⁸, avis que l'on peut partager. Car, en même temps, cette même loi étend aux agriculteurs la procédure collective (art. L 620-2).

Cette nature des choses l'emporte donc sur la volonté des associés. Peut-on dire que, d'une certaine manière, l'art. 1134 du Code civil trouve là une limite réelle à son empire ? Si la civilité participe ontologiquement de la nature de telle ou telle chose oui. Mais la civilité n'est-elle pas le fait de la détermination de la loi ? D'où vient alors la nature des choses ? N'est-elle pas simplement le fruit de la volonté humaine à l'instar des droits proclamés naturels par des constituants en mal d'égalitarisme ? Les discussions autour de l'art. 529 du Code civil n'avaient-elles pas, primitivement, accouché du caractère immobilier du titre dès lors que la société comportait des immeubles ?³⁶⁹ On connaît la suite puisque la volonté du législateur a décidé que les

366 V. en ce sens M. FREJAVILLE, op. cit., Paul DIDIER, « La terre et le droit commercial » p. 153. FROSSARD, op. cit., p. 535.

367 *RTD Com.*, 1989, 211.

368 Y. GUYON, *Droit des affaires*, op. cit éd° de 2003, p. 59-60.

369 Cf. version originelle de l'art. 529.

actions seraient meubles et ce quand bien la société comporterait-elle des immeubles. N'insultait-il pas la civilité et l'immobilité ? Les romains considéraient-ils qu'il était dans la nature des choses que celles-ci relèvent ou non de la catégorie des *res Mancipi* et que le changement de catégorie était impossible. L'histoire montre bien que l'histoire du droit des biens à Rome se résume par la fin progressive de cette distinction, ce qui fut bien le fait progressif de la volonté des parties. En réalité il faut bien dire que ce qui a tué les *res Mancipi* c'est de n'avoir point pu suivre les changements économiques profonds initiés dès le II^e siècle av. J.C.

Dans la division des biens, les choses ne sont-elles pas dans ou hors le *commerce*. On arguera que le mot commerce peut s'apparenter au seul *commercium*, ie la capacité de s'obliger, mais on peut se poser la question de savoir sur quels fondements réels le droit civil choisit de qualifier de civil. L'origine immobilière de l'objet social suffit-elle à emporter la civilité. Pourquoi parle-t-on d'immeubles par destination mais non de meubles par destination ? Si c'est le cas, est-il impensable que la volonté des parties soit impuissante à changer, non la nature de la chose (on en demande pas tant), mais soit suffisamment forte pour que son exploitation entraîne sa *mobilisation*. Certes la théorie de l'accessoire et du principal entraîne cette conséquence mais il s'agit là de la réitération cumulée d'éléments objectifs tenant au traitement commercial de la chose extraite (minéral...) Sans cela, Houpin le dit bien : "Quelques actes de commerce isolés ne peuvent conférer à une société qui fait principalement des opérations civiles le caractère de société de commerce". "De même, reste civile la société qui aurait projeté de se livrer à des opérations de commerce, si, en fait, ce projet ne s'est pas réalisé". Pourquoi ne pas avoir utilisé la notion de meuble par anticipation au sein du Code civil si ce n'est par orgueil méthodologique ? C'est bien la jurisprudence qui a créé la notion de meuble par anticipation³⁷⁰. Si la finalité de l'activité commerciale n'est pas d'acquérir la propriété un bien, mais d'en assurer le transfert le plus rapide possible, ne peut-on pas dire qu'il existe aussi une nature de l'activité commerciale. Celle-ci est-elle résolument impuissante à affronter la nature des choses décrite par nos auteurs ?³⁷¹

L'éventuel remède que pourrait constituer la fusion des deux droits n'est pas aboutie, nonobstant les efforts faits en ce sens depuis la fin du XIX^e siècle³⁷². Le concept de *virtualité*, que l'immatérialité envahissante nous a rendu si familier

370 TERRE, SIMLER, *Droit civil – Les biens*, op. cit., n° 29, p. 30.

371 Oui si l'on suit L. AGUILLON (v. supra).

372 V. E. RICHARD, in *Droit des affaires...*, op. cit.

aujourd'hui³⁷³, pourrait transcender les deux analyses³⁷⁴. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas décidé de qualifier l'exploitation des mines de commerciales puisque le produit est était meuble ? (surtout en 1919). Les art.s 516 C. civ. sq. établissent bien que la loi fixe souverainement le caractère mobilier ou immobilier d'un bien au-dessus des volontés privées.

Cette catégorie des meubles par anticipation a été critiquée. De cette critique il est assez tentant d'en conclure que les matériaux de démolition ou d'extraction sont restés immeubles. Pourtant la publication de leur vente n'est guère envisageable en pratique, ce qui interdit de relever ici, une simple imperfection de la mobilisation par anticipation. C'est la protection de l'acheteur de l'immeuble qu'il s'agit d'organiser en priorité [...] »³⁷⁵ On s'acheminait aujourd'hui vers une critique de la distinction meuble/immeuble, laquelle distinction serait non seulement surannée, pire, devenue inutile³⁷⁶.

La notion de meuble par anticipation a été une innovation utile par rapport au Code Napoléon. On pourrait se demander si l'anticipation porte sur le bien ou sur l'opération juridique dont il est l'objet. La saisie des récoltes sur pied³⁷⁷, autrefois saisie-brandon, saisie mobilière, paraît bien être, il est vrai, la saisie actuelle des meubles à venir plutôt qu'une anticipation de saisie. Mais la vente d'une coupe de bois est celle des arbres déjà abattus [plutôt que la vente des arbres à abattre] (que le propriétaire est autorisé à conclure et à faire enregistrer avant que l'exécution ne soit possible). Le concept de *virtualité*, que l'immatérialité envahissante nous a rendu si familier aujourd'hui, pourrait transcender les deux analyses.³⁷⁸

373 La dématérialisation des valeurs mobilières a, par un faux paradoxe, renforcé la sécurité puisque tout est informatisé.

374 Ce passage cf. Jean CARBONNIER, *Droit civil - Les biens*, op. cit., t. 3., p. 103-104 ; FRISON-ROCHE, *Arch.* 1999, p. 143.

375 Ibid., p. 44.

376 MALAURIE/AYNES, *Les biens*, 2e édition, Paris, 2005, p. 28. Sur impuissance volonté voir encore cet exemple : une société formée pour la vente de produits d'une source d'eaux minérales constitue une société purement civile et suppose donc la compétence des tribunaux civils, à raison des traités relatifs à la construction des bâtiments affectés à l'exploitation de cette source, lorsqu'elle s'est fait simplement subroger, à titre de fermière, aux droits du propriétaire du fonds où se trouve cette source dont il s'agit, et, par exemple, de l'Etat. En l'occurrence la Société minérale des eaux de Plombières avait choisi d'adopter la forme de SA à responsabilité limitée telle que définie par la loi du 23 mai 1863. Contre toute attente la Cour de cassation lui conserve son caractère civil : « Attendu que le caractère civil ou commercial d'une société dépend de l'objet de cette société et non de la forme qu'il a plu aux parties de lui donner [...] » (sur pourvoi de Metz 16 mars 1865 (*DP.* 1865. 2. 65) Req. 27 mars 1866, *DP* 1866. 1. 428).

377 d. 31 juil. 1992, a. 134 s.

378 Cf. Jean CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, op. cit., t. 3, p.103-104. (FRISON-ROCHE, *Arch.* 99, 143).

Les meubles par anticipation sont soumis aux art. 2279 et 1141 C. civ.³⁷⁹, mais la jurisprudence tend à écarter cette disposition lorsque l'acquéreur est en conflit avec celui du fonds ou les créanciers hypothécaires, auquel cas elle fait fréquemment prévaloir les règles de la publicité foncière³⁸⁰. Sont exclues les actions possessoires³⁸¹ ainsi que les règles de compétence juridictionnelles en matière immobilière³⁸² et le régime fiscal est celui des ventes mobilières³⁸³.

Enfin on ne peut ignorer la tentative d'explication tirée de la thèse de F.-X. Vincensini. Comme les biens immeubles sont traditionnellement exclus de la sphère commerciale, on comprend bien que les activités de revente d'immeubles soient qualifiées de civiles par la doctrine et la jurisprudence unanimes sur ce point. On s'appuie pour cela, rappelle-t-il, sur le texte des art.s 632 sq. C. com. parlant de « denrées et marchandises » et celui de l'art. 639 fixant la compétence des tribunaux de commerce. Or, ce dernier, en déterminant la compétence des tribunaux de commerce en dernier ressort mentionnait seulement des valeurs en principal. Ceci, dans les anciens textes de procédure civile, s'entendait uniquement des valeurs appliquées à des meubles alors que, en matière immobilière, la loi fixait le dernier ressort en fonction du revenu³⁸⁴. Ces deux textes étaient interprétés à l'aune de la conception de Portalis d'après laquelle la distinction des immeubles et des richesses mobilières nous donne l'idée des choses proprement civiles et commerciales. Aucun des arguments avancés (valeur en principal ou revenu) n'est vraiment convaincant. S'agissant de l'art. 632, la jurisprudence et la doctrine avaient déjà accepté de sacrifier la lettre du texte au profit d'un système cohérent, commercialisant le négoce de meubles incorporels pourtant non constitutifs de « denrées et marchandises ». Pour quelles raisons ne pourraient-elles faire de même en matière immobilière ? Quant à la détermination de la compétence, il n'est pas certain que le Code de commerce ait usé, pour déterminer la compétence en dernier ressort, des mêmes critères que les lois de procédure civile. A ces arguments de texte s'en ajoutaient d'autres d'ordre technique. Le régime commercial de la liberté des preuves, disait-on, est inapplicable aux immeubles. Mais ce régime de liberté ne

379 Req. 21 juin 1820, *S.* 1821. 1. 109) ; Civ. 4 août 1852, *D.* 1852. 1. 279.

380 A propos de la vente de produits à extraire : Req. 15 déc. 1857, *DS*, 1859. 1. 366 ; 24 mai 1909, *D.*, 1910. 1. 489., note de LOYMES ; Civ. 24 fév. 1931, *DH*, 1931. 233 ; 28 nov. 1949, *D.*, 1950. 38 ; *RTD. Civ.*, 1950. 203, obs. SOLUS.

381 Req. 14 fév. 1899, *D.*, 1899. 1. 246.

382 Req. 10 déc. 1924, *GP*, 23 jan. 1925.

383 Montpellier, 29 juin 1927, *DH*, 1927.472. F. ZENATI, T. REVET, *Les biens*, PUF, Paris, 2^e éd°, 1997, p. 90.

384 Art. 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1838.

connaît-il pas, en droit commercial même, d'importantes exceptions (preuves par écrit des constitutions de sociétés, ventes de navires...). La liberté des preuves constitue certes une règle générale applicable aux activités commerciales, mais n'en est aucunement un critère distinctif³⁸⁵.

* * *

Le droit civil est un aîné encombrant jaloux de ses prérogatives. Non content d'avoir annexé la vente le louage la société et le mandat sans reconnaissance pour les mondes des échanges, il n'avait accordé au droit commercial, au début du XIX^e siècle, qu'un très relatif droit à l'existence. Ce complexe de supériorité issu de la renaissance du droit romain devait toutefois se heurter aux réalités pratiques, en l'occurrence conséquences économiques nées de la révolution industrielle. La ligne Maginot civiliste n'aurait offert de résistance crédible que si on l'avait heurtée de front. Or ce n'est pas à une guerre d'attrition que se livre le droit commercial mais à une guerre de mouvement qui conduit fatalement son adversaire à dévisser faute de crédibilité pratique.

Le droit civil a toujours spolié le droit commercial. Ingrat il a annexé la vente, la société, le mandat, &c. régis depuis 1804 par le Code Napoléon et issus du Corpus Iuris Civilis. Le droit commercial devait se contenter au mieux d'un hochet tenant à son statut de droit dérogatoire. Loin d'être attentiste il ourdit dans son coin sa vengeance. Comme Joffre, il grignote la civilité. Le droit commercial place vite le droit civil dans une situation intenable en lui opposant une logique imparable d'essor économique imparable. Une fois ses contradictions révélées, il achève son adversaire car faute de l'affronter sur son terrain de prédilection tenant à la nature des choses, il le contourne et, à la manière de nos héros de la première guerre, creuse des galeries sous les pieds de l'adversaire poussant l'immeuble à l'écroulement. Le soldat civiliste en proie au doute finit par voir sa résistance s'effondrer lorsque les fondements de son combat lui sont révélés inconsistants. C'est une autre *guerre du droit*. Faut-il se réjouir de la victoire du commercial ? Le sol se dérobe sous l'immeuble et, derrière lui c'est le droit français qui tremble sur ses bases.

Edouard RICHARD
CENTRE D'HISTOIRE DU DROIT
Université de Rennes I.

385 F-X. VICENSINI, op. cit., p. 211-212.

TABLEAU SYNOPTIQUE DES OPERATIONS LIEES AUX EXPLOITATIONS MINIERES XIX^e SIECLE

